

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

LES
OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL
DE MONTPELLIER

SUR LE
PROJET DE CODE CIVIL

LEUR ESPRIT - LEUR INFLUENCE

THÈSE

pour le Doctorat (Es-Sciences juridiques)

PAR

André ROUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (MENTIONS)



MONTPELLIER

IMPRIMERIE « L'ABEILLE » (Coopérative Ouvrière)

14, Avenue de Toulouse. — Téléphone: 8-78

1919

LES
OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL DE MONTPELLIER

SUR LE PROJET DE CODE CIVIL

LEUR ESPRIT - LEUR INFLUENCE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

LES
OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL
DE MONTPELLIER

SUR LE
PROJET DE CODE CIVIL

LEUR ESPRIT - LEUR INFLUENCE

THÈSE

pour le Doctorat (Es-Sciences juridiques)

PAR

André ROUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (MENTIONS)



MONTPELLIER

IMPRIMERIE « L'ABEILLE » (Coopérative Ouvrière)

14, Avenue de Toulouse. — Téléphone: 8-78

—
1919

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. BRÉMOND, Doyen, professeur de Droit administratif.

CHARMONT, professeur de Droit civil.

CHAUSSE, professeur de Droit romain.

VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

MOYE, professeur de Droit international public.

RIST, professeur d'Économie politique (suppléé).

MORIN, professeur de Droit civil.

BRIDREY, professeur de Droit romain.

GERMAIN MARTIN, professeur d'Économie politique.

RICOL, professeur de Droit civil.

DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel (suppléé).

PERROT, professeur d'Histoire du Droit.

DUBOIS, chargé des fonctions d'agrégé (Droit constitutionnel).

BEQUÉ, chargé de cours suppléant de Droit criminel.

BOSC, chargé de cours de Droit romain (2^e année).

VIGIÉ, doyen honoraire.

LABORDE, professeur honoraire.

ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. BRIDREY, *Président*.

MORIN

RICOL

} *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON GRAND-PÈRE

L. ROUSSEL

(1829-1916)

AGENT-VOYER EN CHEF DE LA LOZÈRE

A. Rx.

MEIS ET AMICIS

A. Rx.

LES
Observations du Tribunal d'Appel
DE MONTPELLIER
SUR LE PROJET DE CODE CIVIL

LEUR ESPRIT - LEUR INFLUENCE

INTRODUCTION

Les tentatives de la Monarchie pour unifier le droit en France avaient toutes échoué ; elles avaient même été une cause de diversité nouvelle, en ajoutant aux nombreuses coutumes des règles acceptées par certains Parlements et repoussées par d'autres. La Révolution, faite pour apporter les réformes si nécessaires au système financier et administratif de l'Ancien Régime, aboutit forcément à poser le principe de l'unification du droit. L'unité économique obtenue par l'abolition des barrières et des privilèges entre les provinces, l'unité politique réalisée par le principe de l'égalité entre les citoyens, l'unité administrative établie par la suppression des pays d'Etats et d'élection, appelaient l'unité juridique ; et, dès le 21 novembre 1790, Merlin le disait à la

Constituante à propos des successions (1). D'ailleurs on était dans l'impossibilité pratique d'appliquer l'ancien droit civil, et l'unification s'opérait d'elle-même, la Constituante ayant bouleversé certaines institutions du droit existant par une série de lois de détails.

Procédant à une révision forcée du droit civil, on était tout naturellement conduit à l'unifier.

Les Assemblées révolutionnaires préparèrent donc, dans leurs Comités, un Code civil pour toute la France. Mais leurs tentatives échouèrent après celles de la Monarchie.

A peine au pouvoir, Bonaparte mit la question du Code civil au premier plan : la même loi qui organisait le Gouvernement provisoire, qui prévoyait seulement les mesures les plus importantes, chargea les commissions législatives de le préparer. Jacqueminot présenta un projet (2) qui n'était qu'une ébauche lorsque le Gouvernement fut définitivement constitué. Le 24 thermidor an VIII un arrêté des consuls nommait une commission de quatre membres (Tronchet, Bigot du Préameneu, Maleville et Portalis) pour résoudre la question (3).

(1) C'est également ce que dira Portalis, dans l'exposé général du Code ; « Tant qu'il a existé en France des différences et des distinctions politiques entre les personnes ; tant qu'il y a eu des privilégiés, on ne pouvait faire disparaître de la législation civile les différences et les distinctions qui tenaient à ces vanités sociales, et qui établissaient dans les familles un ordre particulier de succession pour ceux qui avaient déjà une manière particulière d'exister dans l'État. » (P. V. du 4 frimaire an XI. Fenet, t. VI, p. 41).

(2) Le 30 frimaire an VIII.

(3) Le travail de cette commission était ainsi défini par l'arrêté : « MM. Tronchet, Bigot et Portalis compareront l'ordre suivi dans la rédaction des projets du Code civil, publiés jusqu'à ce jour, et détermineront le plan qui leur paraîtra le plus convenable d'adopter.

Art. 5. — Ils discuteront ensuite, dans l'ordre des divisions qu'ils auront fixées, les principales bases de la législation en matière civile.

Mais il ne s'agissait pas de rédiger un projet de plus ; il fallait que les pouvoirs législatifs l'acceptent, et la meilleure méthode pour le faire accepter était de le présenter avec l'assentiment du pays entier. Il était politique de demander au pouvoir législatif de ratifier ; non pas l'œuvre préparée par le pouvoir exécutif ou par une commission de jurisconsultes éminents, mais l'opinion du pays. On ne se heurterait plus, comme pendant les périodes troublées de la Révolution, à l'hostilité tendancieuse d'une majorité sans cesse déplacée, puisque le calme revenait dans les esprits, puisqu'on pouvait, au besoin, bâillonner les opposants en les supprimant de l'Assemblée ; on ne se heurterait pas à cette idée, que les disciples de Montesquieu ou de Rousseau auraient avancée, de l'impossibilité pour un grand pays comme la France d'avoir un seul Code, si tout le pays, précisément, réclamait une seule et même loi civile ; on ne se heurterait pas, enfin, à un particularisme provincial étroit, si chaque région avait donné son adhésion au projet.

Comment mieux affirmer que le projet ralliait les suffrages du pays entier, si ce n'est en apportant le témoignage d'admiration de la magistrature, ou bien sa collaboration ?

Art. 6. — Le travail sera terminé dans la dernière décade de brumaire an IX et présenté à cette époque aux consuls, par le ministre de la Justice. »

Le peu de temps accordé à la commission et les recommandations du ministre de la Justice à cette commission montrent que le Premier Consul était pressé d'arriver à une solution. A ce sujet, Maleville s'exprime ainsi : « M. Abrial, alors ministre de la Justice, en nous communiquant l'arrêté, nous annonça que le Premier Consul demandait que cet ouvrage fût achevé le plus promptement possible. Nous nous empressâmes de remplir ce vœu... Nous parvîmes à faire un Code civil en quatre mois ; il fut achevé d'imprimer le 1^{er} pluviôse an IX ». (Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, 1822, Préface, p. ix).

D'autre part le Gouvernement ne pouvait pas se dissimuler la difficulté de la tâche. Et, malgré les travaux antérieurs qui avaient réuni de précieux documents, il restait encore bien ardu le problème d'unification, dans un pays qui avait tant de lois, dont les provinces avaient montré un sincère attachement à leurs coutumes particulières ; il restait encore singulièrement difficile en 1801, le problème d'unification, dans un pays qui, dix années auparavant, lors de la grande consultation générale, n'avait même pas pensé à réclamer, en formulant tant de doléances et tant de vœux, un Code général et unique pour tout le territoire. La seule manière d'amener le pays à cette unité législative était de réaliser une transaction entre les droits si divers. Mais là, précisément, était la difficulté. Si le particularisme provincial n'était pas aussi profond qu'en 1789, fallait-il cependant en conclure que le pays était prêt pour l'unification ?

La transaction pouvait être tentée et proposée par la Commission du 24 thermidor, puisque deux de ses membres étaient originaires des pays de droit écrit et les deux autres des pays de coutume. Mais était-ce seulement une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier qu'il fallait opérer ? Cette transaction, elle-même, était-elle faite, était-elle acceptable ? C'est ce qu'il convenait de savoir.

Comment mieux affirmer que le pays adoptait la transaction proposée, si ce n'est en apportant l'adhésion de la magistrature ? Si cette transaction n'était point achevée, comment la parfaire, si ce n'est en écoutant ceux qui, en contact journalier avec les difficultés de la pratique, connaissaient nettement le désir des justiciables, et comment perfectionner l'œuvre ébauchée à

Paris, si ce n'est en travaillant de concert avec les magistrats du pays tout entier ?

Pour présenter aux Assemblées législatives un projet complet, en harmonie avec les aspirations du pays, pour éviter ainsi les discussions stériles d'hommes politiques dont la science juridique était loin d'être égale, peut-être, à leur désir d'opposition et d'échec systématique, comme les Chambres en contiennent trop souvent ; pour demander le vote d'un projet sérieusement étudié dans toutes ses parties et dans son tout, pour obtenir la ratification d'un vœu national, le Gouvernement ne présenta donc pas immédiatement à la discussion du Conseil d'Etat et au vote du Corps législatif le projet rédigé par la Commission, mais auparavant il l'adressa au Tribunal de Cassation et aux Tribunaux d'Appel, avec la lettre suivante qui fixait leur mission :

Paris, le 12 germinal an IX de la République une et indivisible.

Le Ministre de la Justice

Aux Juges composant le Tribunal d'Appel séant à

Je vous adresse citoyens quatre exemplaires du projet du Code civil qu'ont rédigé par ordre du Gouvernement les citoyens Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville.

Je vous invite à nommer dans le sein de votre Tribunal une Commission de trois membres pour l'examiner et faire sur les articles dont il est composé les observations qui leurs paraîtront convenables. Trois des exemplaires leurs sont destinés, le quatrième est pour rester au greffe à la disposition des autres membres du Tribunal.

Il est essentiel que votre travail me parvienne assez tôt pour que j'en puisse mettre le résultat sous les yeux du Consul vers le milieu de prairial, époque où le tribunal de la nation doit avoir lui-même terminé le sien.

Je ne doute point que vos lumières et le fruit de votre expérience ne contribuent à la perfection de cet ouvrage important.

Salut et Fraternité.

Signé : Abrial (1).

Les rapports des Tribunaux étaient donc destinés à passer sous les yeux du Premier Consul. Voulait-il les étudier pour diriger les discussions du Conseil d'Etat ? ou bien voulait-il s'assurer des opinions de la magistrature sur l'œuvre de la Commission, et y rechercher des louanges étayant cette légende du héros devenu législateur que murmurait déjà Portalis, et qui devait s'accréditer de plus en plus, de telle sorte, qu'aujourd'hui encore, en parlant des origines de notre Code, on pense plus à Napoléon qu'aux membres de la Commission qui en ont rédigé le projet ?

Les observations des Tribunaux ont-elles été absolument libres, ou bien les Tribunaux ont-ils subi une certaine pression politique qui pouvait s'exercer de plusieurs façons : correspondance des préfets avec les magistrats pour attirer leur attention sur l'importance que le gouvernement donnait au projet ; surveillance des magistrats par les préfets ; choix des commissaires qui aurait eu lieu sur l'instigation des agents du gouvernement ? Dans les registres de la Préfecture de l'Hérault, nous n'avons rencontré aucune mention visant une correspondance du Préfet de l'Hérault, soit avec le Premier

(1) Cette circulaire était encore inédite, à moins qu'elle n'ait été publiée dans le *Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la Justice, publiées par les ordres du Garde des Sceaux, ministre de la Justice (1790-1875)*, 3 vol. in-8°, Paris, Imp. Nat., 1879-1883, dont nous n'avons pu avoir connaissance. Elle est conservée au ministère de la Justice, dont la Direction de la Bibliothèque et des Archives a bien voulu nous envoyer la copie reproduite ci-dessus, en respectant l'orthographe et sa ponctuation.

Consul, soit avec Cambacérès, soit avec le ministre de la Justice, soit encore avec les magistrats composant le Tribunal de Montpellier, se référant à la préparation du Code civil (1). Cependant les préfets avaient à ce moment-là un pouvoir de police assez étendu, et les magistrats n'étaient pas indépendants à leur égard comme aujourd'hui, puisqu'ils recevaient leur nomination par l'intermédiaire des Préfets, que l'arrêté du 24 germinal an VIII chargeait de procéder à l'installation solennelle des Tribunaux (2). Nous croyons

(1) Nous avons dépouillé à ce sujet aux Archives départementales de l'Hérault les cartons suivants : dans la série Z, les cartons contenant l'*Analyse de la Correspondance du Préfet de l'Hérault*, en 10 cahiers pour l'an IX. Ont été consultés les cahiers 6, 7, 8 et 9 (lettres n° 3498 à 7025) c'est-à-dire la correspondance du préfet depuis le 1^{er} germinal an IX jusqu'à la fin de l'an IX ; et le 3^e registre du 18 thermidor an IX à la fin de l'an IX. (Le registre va jusqu'au 9 juin 1813.)

(2) Voir notamment aux Archives départementales de l'Hérault, Série U, la lettre du ministre de la Justice au Préfet de l'Hérault en date à Paris du 19 prairial an VIII de la République annonçant au Préfet l'envoi des « nominations à diverses places judiciaires des citoyens dont les noms suivent ». Voir également la lettre du ministre de la Justice chargeant le Préfet de l'Hérault de l'installation du Tribunal d'Appel séant à Montpellier. Pour tout ceci Cf. 1^{re} Partie. Et c'est au Préfet qu'est adressée la correspondance des magistrats nouveaux qui veulent avoir des renseignements sur leur installation. Voir à ce sujet une lettre du citoyen Vaissette datée du 11 messidor an VIII qui, après avoir accusé réception de la « lettre de convocation pour se trouver à l'installation qui aura lieu le 21 », informe le Préfet qu'il a reçu un autre arrêté le nommant président du Tribunal criminel de Rodez (les présidents des Tribunaux criminels étaient choisis parmi les membres du Tribunal d'Appel du ressort) où il est « installé, depuis le 1^{er} courant ». Il demande au Préfet s'il doit, dans ces conditions, se rendre à Montpellier pour « l'installation du Tribunal d'Appel ». Le Préfet lui répondit en date du 9 messidor qu'il en référerait au ministre de la Justice. Voir aussi une lettre du citoyen Ribes datée de Vinça (Pyénées-Orientales), du 17 messidor an VIII.

D'autre part les registres portant l'analyse de la correspondance du Préfet font mention de demandes du Préfet au Commissaire du Gouvernement près le Tribunal d'Appel séant à Montpellier du « nombre de procès civils pendants devant le tribunal au 30 » courant. Voir notamment série Z, Analyse

donc pouvoir en conclure, d'une façon générale, que les avis fournis par les magistrats ont été librement donnés. Nous avons d'ailleurs une preuve de cette liberté, pour Montpellier, dans la nomination des commissaires par leurs collègues (1) et dans la manière dont leur rapport a été rédigé, sans ménagement pour l'œuvre soumise à leur critique.

En parcourant les vingt-neuf rapports adressés au ministre de la Justice, on aperçoit rapidement leur importance inégale : certains Tribunaux ont envoyé de volumineux dossiers (2), d'autres ont rédigé quelques pages seulement (3) ; certains ont présenté des modifications de forme, d'autres se sont attachés surtout à des modifications de fond ; les rapports, débutant le plus souvent par un éloge pompeux pour la Commission, apportent des modifications à son œuvre, souvent avec timidité, parfois avec hardiesse ; les dispositions du projet sont critiquées parce qu'elles résolvent un problème général, comme celui du divorce, sur lequel tous les Tribunaux ont dit quelque chose, ou bien parce qu'elles sont trop nouvelles pour la région qui proteste, comme celles qui règlent le régime de communauté légale, ou la théorie de la puissance paternelle,

de la Correspondance du Préfet, 7^e cahier, 3 floréal an 1X, n° 4169, même lettre au Commissaire du Gouvernement près le Tribunal civil de 1^{re} instance de Montpellier, n° 4170, etc...

(1) Cf. Première Partie, Chap. II.

(2) Par exemple : le Tribunal de Cassation, le Tribunal d'Appel de Paris, celui de Lyon ; le rapport du Tribunal de Montpellier est, avec son supplément, assez long, etc.

(3) Par exemple : le Tribunal de Nîmes, celui de Nancy, etc.

en opposition trop grande avec les coutumes du Midi ou de Toulouse.

L'ensemble de ces observations a eu une importance capitale, et la section de législation du Conseil d'Etat, après les avoir étudiées, a profondément modifié le projet primitif. Malheureusement les discussions de cette section ne paraissent pas avoir été conservées, et n'ont jamais été publiées (1). Cela est tout à fait regrettable : là, plus que partout ailleurs, nous aurions senti l'influence des Tribunaux d'Appel.

Les rapports envoyés par les Tribunaux au ministre de la Justice ont par eux-mêmes une grande valeur ; et, s'il est intéressant de les rapprocher du projet, ils constituent, par ailleurs, un monument de la science juridique régionale à la fin du XVIII^e siècle qui a sa saveur historique et une valeur philosophique indéniable.

Ils ont été publiés par Fenet, dans son Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil, en 1827 ; par Mavidal et Laurent, dans la Collection des Archives Parlementaires, sans aucune critique et sans commentaire. Les seuls essais d'utilisation de ces documents ont eu lieu quelque temps après la confection du Code, par un auteur anonyme, ou par le Gouvernement lui-même, dans une publication parue sous le titre de *Conférence des Observations des Tribunaux*

(1) C'est en vain que nous les avons recherchées. Au Conseil d'Etat on n'en a pas de traces. Les papiers de la Commission du Code civil susceptibles de les contenir n'ont pas été versés aux Archives Nationales. D'autre part, les cartons consultés à ce sujet aux Archives Nationales ne contiennent absolument rien s'y rapportant. Nous pensons que les cartons de la Commission du Code civil et les travaux du Conseil d'Etat ont été brûlés en 1871 lors de l'incendie du Conseil d'Etat.

d'Appel sur le projet de Code civil. Paris, Imprimerie de la République. Thermidor an IX (1). C'est une simple compilation : on a rapproché, comme pour laisser au lecteur le soin de les comparer et d'en tirer la philosophie, les observations des différents Tribunaux d'Appel, en les plaçant sous les rubriques du Code auxquelles elles se rapportent. De même Crussaire a présenté en 1802 une *Analyse des observations des Tribunaux d'Appel et du Tribunal de Cassation rapprochées du texte* (2).

N'a-t-on pas trop dédaigné ces documents que le Premier Consul jugeait nécessaires à l'accomplissement d'une tâche difficile ?

Les historiens en parlent à peine : Ce qui les a frappés dans la rédaction du Code civil, ce qu'ils en ont retenu, c'est le rôle de Napoléon, l'arme politique qu'il en a faite et sa lutte avec le Tribunat. S'il est raconté, dans les ouvrages d'histoire de France, tout au long, l'opposition des Chambres à son égard, l'influence de Cambacérès dans la décision d'arrêter un certain temps la discussion du Code, l'utilisation de cette interruption pour modifier la composition du Tribunal et son mode de travail, si l'on trouve des détails intéressants sur les

(1) Assez rare. Se trouve aux Archives Nationales sous la cote ADII³⁶ — 4 gros volumes imprimés, brochés, in-4°; — à la Bibliothèque de la Cour de Cassation, à la Bibliothèque du Sénat, à la Bibliothèque de la Chambre des Députés, à la Bibliothèque de l'Ordre des Avocats, à Paris. Le plan est le suivant : t. I^{er} : Observations générales et celles sur le livre I^{er}; t. II : celles sur le livre II ; tome III : celles sur le livre III ; tome IV : Observations détachées.

(2) Se trouve à la Bibliothèque du Sénat.

membres de la Commission, quelques lignes à peine, ou quelques mots seulement rappellent cette consultation nationale sur un projet forcément en désaccord avec beaucoup de coutumes, envers lequel de nombreux magistrats ou juristes attachés à l'ancien régime, ou à l'ancien droit, étaient sûrement hostiles, contraire aux idées de ceux qui ne voulaient point l'uniformité dans la législation, indifférent peut-être à quelques-uns qui avaient fait la Révolution sans y penser.

C'est Thiers qui dans son *Histoire du Consulat et de l'Empire*, après avoir écrit que « le projet avait été envoyé à tous les Tribunaux pour qu'ils en fissent l'objet de leur examen et de leurs observations », ajoute : « En conséquence de cet examen et de ces observations, le projet avait été modifié et soumis enfin au Conseil d'Etat », et qui après ce laconisme raconte longuement, avec beaucoup d'admiration pour Napoléon, la discussion, puis les incidents du Tribunat et leur dénouement, pour terminer par un jugement très favorable à ce monument remarquable de la législation du XIX^e siècle, sans faire ressortir les raisons de son succès et de sa beauté (1).

C'est Mignet qui n'en parle point (2), et Michelet qui est muet. C'est Taine ensuite, qui, dans son grand ouvrage sur les *Origines de la France contemporaine*, ne s'en occupe pas, Guizot qui se tait, et M. Aulard qui ne nous renseigne pas.

Ce sont, plus près de nous, deux historiens, dont l'ouvrage est consulté par tous, MM. Lavissee et Rambaud,

(1) Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, livre XIII^e, t. II, p. 292 à 303, et p. 343 à 364.

(2) *Histoire de la Révolution française*, 1892, t. II, p. 282.

qui au tome IX de leur *Histoire Générale*, consacré à Napoléon, estiment à leur tour le Code comme « une œuvre considérable qui, malgré d'inévitables imperfections, fait grand honneur à ses auteurs ». « Parmi eux, ajoutent-ils, il faut surtout nommer Tronchet à qui Napoléon décerna officiellement le titre de premier jurisconsulte de France, Portalis, Cambacérès, Treilhard, et le Premier Consul lui-même. » Et qui concluent en ces mots : « Ce n'est pas une œuvre originale, mais plutôt une transaction », sans mettre en relief cette transaction, ni la participation des Tribunaux, encore qu'ils trouvent leurs observations « souvent remarquables », ayant amené « certains rémaniements importants » (1).

C'est M. Sagnac, dans sa thèse d'histoire sur *La législation civile de la Révolution*, qui va jusqu'à omettre l'examen du projet par les Tribunaux, lorsqu'il fait l'historique de la rédaction de notre Code (2).

Comment s'étonner de ne trouver qu'une mention si petite, insignifiante même, pour cette consultation si importante, générale pourtant, dans une histoire qui veut être avant tout une histoire politique et diplomatique, puisque nos juristes et nos historiens du droit se sont détournés rapidement et toujours des travaux préparatoires de notre Code et du droit intermédiaire ? Les premiers ont écrit des traités nombreux sur l'interprétation du Code, ce qui se comprend aisément, tandis que les seconds écrivaient sur notre ancien droit de longues pages ; les premiers ont cherché l'interprétation du Code civil dans le droit du moyen âge ou dans le Code de

(1) Lavissee et Rambaud, *Histoire Générale*, t. IX. *Napoléon*, p. 243.

(2) Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Hachette et C^{ie}, 1898, Introduction, notamment p. 54-55.

Justinien, tandis que les seconds étudiaient les chartes anciennes. Ils ont eu peur, semble-t-il, de se rencontrer sur un terrain qui était désigné pour leurs investigations communes. Volontairement ils s'en sont tenus éloignés. Les historiens du droit ont pensé que l'étude des travaux préparatoires était l'affaire des juristes ; ceux-ci ont pensé que les travaux préparatoires était dans le domaine de l'histoire. Tous ont témoigné au droit intermédiaire, et aux travaux préparatoires en particulier, un grand dédain, inexplicable.

Nos historiens du droit rivalisent de brièveté, avec nos juristes, en citant l'arrêté du 24 thermidor an VIII et en étudiant ses conséquences : rapidité de la commission et unification du droit enfin réalisée après tant d'infructueux efforts, mais ils n'expliquent pas cette rapidité par l'état de la question, qui n'était plus nouvelle, pour laquelle on avait travaillé et réuni de gros dossiers, dont les échecs avaient fait réfléchir les jurisconsultes. Ils n'expliquent pas davantage cette facilité soudaine d'obtenir le vote d'un Code, lorsque dix années auparavant on n'y pensait pas, lorsque hier encore on le repoussait si fort dans les Assemblées révolutionnaires. Mais, par contre, lorsqu'ils vivent à une époque où il faut accrédi-ter dans le public la légende du héros qui, d'un trait de génie, rédigea, entre deux batailles, un Code nouveau et remarquable, combien de détails dans leurs œuvres, sur les séances du Conseil d'Etat présidées par Napoléon, sur les discussions du Premier Consul dont la finesse juridique et l'esprit critique déconcertent les moins pré-venus ! Et lorsqu'ils sont d'une autre époque, que nous disent-ils, si ce n'est ce que Portalis avait écrit dans le *Discours préliminaire*, que le Code est une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, sans rien faire

pour nous montrer sur le vif cette transaction ni les efforts pour y aboutir ? C'est pour mémoire qu'ils mentionnent des travaux d'une valeur indéniable, qui ont été lus sans doute, mais jamais étudiés, dont l'influence a même été mise en doute.

C'est Laurent, par exemple, qui jette négligemment ces mots sur le papier, pour s'étendre longuement sur le succès de Napoléon, et sur la transaction qui donna au droit germanique la première place, ce dont il se félicite : « Le Gouvernement fit imprimer le projet de la commission ; il l'adressa à la Cour de Cassation et aux Cours d'Appel, pour qu'elles proposassent leurs observations ; il appela les citoyens à en faire autant. On publia les observations des tribunaux : ils furent presque unanimes dans leurs éloges. La magistrature applaudit à un projet qui allait porter l'unité et la clarté au milieu de la diversité infinie de la jurisprudence. Elle applaudit surtout aux sages principes qui avaient guidé la commission : respect pour le droit ancien, dans tout ce qui est compatible avec les mœurs nouvelles (1). »

Ce sont les premiers commentateurs du Code qui admirent plus la rapidité des Tribunaux à étudier le projet, que leurs études elles-mêmes, ou qui portent un jugement hâtif et général sur une masse considérable de documents : Troplong qui fait la part belle à Napoléon au sujet de la transaction constatée par tous : « Si le Code civil a opéré la fusion des idées anciennes avec les idées de la Révolution, s'il est empreint de cet éclectisme qui est la philosophie du XIX^e siècle, c'est principalement à Napoléon qu'il faut en attribuer l'honneur ; son esprit de conciliation prudente brille dans le Code,

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, 1878, t. I, p. 25.

comme dans la réunion des partis politiques qui déchiraient l'Etat (1) » ; et Taulier, l'un de ceux qui recommandent la lecture des travaux préparatoires, qui porte cette appréciation surprenante sur les rapports des Tribunaux : « Je crois que l'importance du plus grand nombre (des documents que sont les travaux préparatoires) a été exagérée. Ainsi il n'est pas toujours facile de saisir la relation qui existe entre la rédaction définitive d'un article et les observations bigarrées des Tribunaux (2). »

Ce sont, plus près de nous, Aubry et Rau qui n'attachent aucune importance aux observations des Tribunaux, puisqu'ils ne les qualifient même pas (3). C'est Baudry-Lacantinerie ensuite, qui copie à peu près textuellement Audry et Rau (4). M. Planiol enfin a voulu mentionner l'importance de ces travaux dans son manuel, mais ne l'a pas montrée.

Laferrière crut cependant devoir jeter un coup d'œil sur les observations des Tribunaux, et voici le fruit de son étude :

« Un concert de louanges s'éleva de tous les Tribunaux d'Appel sur l'œuvre des quatre jurisconsultes dont les noms avaient donné de si grandes espérances. Le Midi, le Centre, le Nord et l'Est de la France, Bordeaux, Bourges, Paris, Besançon, Metz, Nancy, firent entendre un même langage, pour approuver un Code qui allait porter l'uniformité au milieu des diversités infinies de

(1) Troplong, Préface de *la Vente*, p. 23.

(2) Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840, Introduction, p. 90.

(3) Audry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, 4^e éd. Paris, 1869, t. I, p. 16.

(4) Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd. Paris, 1907, t. I, p. 50.

la jurisprudence ; il n'y eut de critique générale sur le plan et la pensée des auteurs du projet, que de la part du Tribunal de Montpellier, qui leur reprochait la *transaction* annoncée dans le Discours préliminaire, entre les coutumes et le droit écrit ; critique étroite et fausse, qui contrastait péniblement avec l'approbation générale. Bourges, l'ancienne patrie du droit, au centre de la France, appelait le projet de Code « un mouvement précieux du génie, de la sagesse et du travail ».

» Le culte pour le passé domine les observations des tribunaux sur l'ensemble du projet : On voit qu'ils louent avec prédilection le soin avec lequel les quatre jurisconsultes ont puisé dans les sources fécondes des lois anciennes et de la jurisprudence et en ont extrait ce qui pouvait être le mieux assorti aux mœurs actuelles (Amiens). Ils louent dans les auteurs du projet leur respect religieux pour les mœurs, sans lesquelles les meilleures lois deviennent un bienfait insuffisant ; leur attention scrupuleuse à maintenir les droits de la propriété, base primordiale à l'ordre social (Besançon), à rétablir dans toute leur pureté les grands, les vrais principes si longtemps méconnus, à les approprier aux mœurs et au caractère du peuple français, pour garantir ses droits de propriété, sa liberté civile (Grenoble).

» A ces éloges donnés à l'ensemble du projet, se trouvent jointes des critiques impartiales sur les détails ; dans cette critique éclairée et féconde, se placent au premier rang les observations du Tribunal de Cassation... Les observations critiques de la magistrature nouvelle n'ont pas toutes la même importance ; mais il en est qui concernent les points fondamentaux de la jurisprudence ; elles font connaître les divers rapports sous lesquels ces questions peuvent être envisagées... Ces observa-

tions ont ouvert le champ aux discussions du Conseil d'Etat. Elles en sont le préliminaire indispensable. Elles concourent à mettre en lumière les motifs de la loi : on voit comment le projet était adopté, modifié ou rejeté, en quels sens les remarques des magistrats ont prévalu devant les rédacteurs du Code. La classification de ces discussions intéressantes sous chaque article du projet est une indication de l'esprit qui a dominé dans la rédaction définitive ; c'était le but que se proposait et qu'avait atteint le magistrat auquel on doit l'analyse des observations des Tribunaux (Analyse des Tribunaux de Cassation et d'Appel, Recueil in-4° de 1802, attribué à M. Faure, membre de la Cour de Cassation) (1). »

Ces deux pages superficielles et vagues constituent l'œuvre la plus importante que je connaisse sur les observations des Tribunaux d'Appel.

On ne pouvait pas être plus bref que M. Esmein l'a été dans son manuel d'histoire du droit. Voici son historique de la rédaction du Code civil, et son appréciation :

« Les commissaires apportaient leur œuvre, en germinal an IX, précédée d'un remarquable *discours préliminaire*. Après avoir été soumise à la Cour de Cassation et aux Cours d'Appel, elle fut longuement et soigneusement discutée au Conseil d'Etat et modifiée sur bien des points, portée enfin successivement et par fragments devant les Chambres, votée et promulguée... (2). »

« Le Code civil est l'œuvre de la nation, non celle des

(1) Laferrière, *Histoire du droit*, t. 11, p. 530.

(2) Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*. Paris, 1908, p. 332.

individus ; il renferme ce qu'a produit l'ancien droit, et ce qu'a produit la Révolution, ramené à une commune mesure.

» La combinaison de ces deux éléments a été faite, en général, avec sagesse et avec habileté (1). »

Enfin, tout près de nous, hier encore, quel dédain ne témoignait-on pas à l'égard de ce monument de la science juridique du XVIII^e siècle ? Une manifestation imposante eut lieu sous les auspices de la Société d'Etudes législatives pour célébrer le Centenaire du Code civil : des mémoires importants ont été réunis sous différentes rubriques (*Généralités, Etudes spéciales, le Code civil à l'étranger, la Question de la révision du Code civil*), pour former un ouvrage remarquable résumant, au XX^e siècle, l'opinion de la science juridique sur le Code civil. Si nous y trouvons un article intéressant de M. Esmein sur l'originalité du Code civil, si nous y lisons les réclamations de l'Ecole historique en faveur d'un enseignement moins exégétique du droit, si nous y voyons aussi des articles de doctrine documentés, c'est en vain que nous y cherchons un chapitre, qui devrait être le premier, sur les travaux préparatoires du Code civil et nous n'avons dans ce monument, élevé à la gloire de l'œuvre législative du XIX^e siècle, aucune indication sur la méthode employée pour aboutir au résultat célébré !

Et n'est-ce point, enfin, un symptôme de ce dédain pour le droit révolutionnaire et pour les travaux préparatoires du Code, que les erreurs publiées par les Encyclopédies les plus importantes de nos jours ? Comment expliquer l'article du Dictionnaire Larousse, ou bien celui

(1) *Eod. loc.*, p. 333.

du Dictionnaire d'histoire et de géographie de Bouillet, ou encore celui de M. Debidour, dans la Grande Encyclopédie, qui sont unanimes (1) à donner à Cambacérès, comme son œuvre principale sous le Consulat, le Code civil, alors qu'il a été écarté de la Commission de rédaction (2), et qui restent unanimes pour lui faire signer le *Discours préliminaire du Code civil*, qui compte parmi les plus belles pages de philosophie du droit écrites par Portalis (3)?

Et cependant quel droit plus mouvant que le droit révolutionnaire, partant quel droit plus digne d'intérêt

(1) Ils sont manifestement copiés les uns sur les autres. L'origine de l'erreur doit donc se trouver dans le dictionnaire de Bouillet.

(2) Sans doute Cambacérès, tout désigné par ses travaux antérieurs pour mener à bien la rédaction du Code, n'a-t-il point fait partie de la Commission parce qu'il était 2^e Consul à ce moment-là? C'est lui qui, d'après Thibaudeau, aurait indiqué à Napoléon les membres de la Commission du 24 thermidor. Voir les *Mémoires de Thibaudeau*, 2^e éd., Paris, 1913, chap. IV, p. 43. On trouverait peut-être des renseignements plus intéressants dans l'ouvrage du même auteur, *Mémoires sur le Consulat*, devenu très rare, que nous n'avons pu nous procurer.

(3) Voici comment s'exprime le *Dictionnaire Universel d'Histoire et de Géographie* de Bouillet, dans son édition de 1880: « Cambacérès eut la part principale dans la rédaction du *Code civil*: il sut mettre à profit les travaux des grands jurisconsultes des siècles précédents, surtout ceux de Pothier; c'est lui qui est l'auteur du *Discours préliminaire* du Projet de Code civil. » Et M. Debidour dans la Grande Encyclopédie, v^o Cambacérès: « L'œuvre capitale de Cambacérès pendant le Consulat fut le *Code civil* qui fut achevé en 1804 et dont il doit être regardé comme le principal auteur. On peut remarquer dans ce travail un peu de réaction contre certains principes de la Révolution dont lui-même avait été naguère le promoteur le plus ardent. Mais Cambacérès savait s'accommoder aux temps. » Sans doute, Cambacérès eut-il une grande part dans la préparation du Code civil puisque ses projets ont été utilisés parfois, moins cependant que celui de Jacqueminot, et puisqu'il a pris une part active aux discussions du Conseil d'État, ainsi que l'a fait remarquer, avec trop d'emphase et de parti pris, M. Dubédut, dans un article paru dans le *Recueil de Législation de l'Académie de Toulouse* (année 1858, t. VII, p. 92), mais c'est tout ce qu'il faut dire.

que celui de cette époque de transition, où tout va se rencontrer, se heurter pour se fusionner enfin ! Comment négliger l'étude de cette fusion du droit ancien et du droit nouveau, du droit coutumier et du droit romain, sans laisser incompris beaucoup de notre Code, sans faire fi de la méthode historique ?

Et, plus spécialement, où trouverons-nous, pour étudier cette fusion dans les travaux préparatoires du Code, les documents pour expliquer sa rapidité — en 1789 il y avait en France 360 coutumes diverses, en 1804 il y a une seule loi et toute la France l'accepte — si ce n'est dans l'étude consciencieuse des observations des tribunaux et dans celle de leur influence sur le Conseil d'Etat ?

Car on a écrit —, et nous sommes surpris de trouver semblable affirmation sous la plume des Taine, des Aulard, des Esmein et des Violette — que la France demandait en 1789 un Code uniforme, mais rien n'est plus douteux. En 1789, chaque province était fortement attachée à sa coutume, chaque pays à son usage, chaque village à ses mœurs, chacun à son terroir ; nul ne voulait le droit du voisin. Chacun voulait que son droit fût adopté ou respecté par son voisin. Ce n'est point là demander un droit uniforme. La Monarchie, si justement et si vivement attaquée en 1789, ne l'était nullement pour son impuissance à faire une France unie dans sa législation et à donner dans son droit la cohésion nécessaire aux provinces successivement rattachées à la couronne. Chaque province ne demandait-elle pas d'ailleurs le rétablissement de ses antiques privilèges et les Languedociens en particulier ne souhaitaient-ils pas la reconstitution de leurs Etats Provinciaux au lieu de la « commission annuelle qui administre le Languedoc sous la fausse dénomination d'Etats et qui ne laisse aux peuples de

cette province qu'une vaine apparence de liberté ? (1) » Tous les grands esprits n'avaient pas opté pour une législation uniforme, et Montesquieu et Rousseau la combattaient ou la croyaient impossible. Si quelques autres avaient compris son impérieuse nécessité, la masse s'en désintéressait totalement. Les cahiers des vœux et des doléances de 1789 en sont la preuve puisqu'ils n'en parlent pas : « Dans tous les cahiers rédigés par les trois ordres, écrit M. Sagnac (2), des aspirations générales : la limitation du pouvoir ministériel, arbitraire et despotique, par une constitution. Mais à côté de ce vœu commun à tout le royaume, suscité par l'oppression séculaire de la royauté, partout aussi des vœux particuliers. Après avoir parlé avec tous les autres, chaque pays, chaque ville, chaque province parle pour soi. L'horizon est est encore borné. Porter sa vue au delà des paroisses, baillages, sénéchaussées, généralités où l'on est enfermé, pour considérer le royaume indépendamment de la personne du roi, exige un grand effort de l'intelligence, la destruction d'habitudes très anciennes, la formation de nouvelles, une révolution morale. » Et d'ailleurs « on lutte contre le despotisme, contre la centralisation monarchique. Dans ces conditions pourquoi demanderait-on l'unité législative ? Ce serait fortifier la centralisation que l'on repousse comme oppressive (3). »

On peut dire, d'une façon générale, que les cahiers des paroisses ou bien ne parlent pas de l'unification, ou bien la repoussent. Cela se comprend puisqu'ils constituent l'œuvre de gens peu instruits, très attachés à

(1) Sénéch. Nîmes : tiers, A. P., t. IV, p. 211 ; Noblesse, art. 21, id., p. 238.

(2) Sagnac, *Législation civile de la Révolution*, p. 8.

(3) Sagnac, *loc. cit.*, p. 10, et les notes.

leurs coutumes qu'ils ne peuvent pas comparer à d'autres (1). Si nous consultons les cahiers de baillage nous conclurons de même, bien qu'ils parlent plus souvent de la question de l'unification, puisque leurs rédacteurs sont des gens instruits, voyant plus loin que les préoccupations immédiates des paysans. Le Clergé se désintéresse de la question et les quelques vœux qu'il a formulés sont divergents (2). La Noblesse a intérêt à s'attacher au droit existant; elle n'y manque pas en

(1) Il est à remarquer que les cahiers qui réclament l'unification sont des cahiers de villes (Riom qui demande la fusion du droit écrit et du droit coutumier, Vienne, en Dauphiné, qui demande un Code national), c'est-à-dire des cahiers qui, la plupart du temps, émanent d'assemblées au second degré et qui n'ont pas été rédigés en séances, mais par une commission choisie parmi les gens instruits. Les petites paroisses demandant un Code unique appartiennent à la région parisienne. D'autres cahiers envoyés de petites paroisses doivent être considérés comme œuvre personnelle de leur auteur.

Aux Conférences de Doctorat faites à la Faculté de droit de Montpellier en 1915-1916 par M. Bridrey sur l'*Unification du droit civil en France*, il a été examiné les cahiers de 6 baillages, choisis 3 en pays de droit écrit (Nîmes, Aix, Marseille) et 3 en pays de coutumes (Alençon, Cotentin, sénéchaussée d'Angoulême), comprenant un ressort d'environ 2000 paroisses, dont 1500 cahiers environ existent, soit le vingtième de la consultation nationale, et il n'a été trouvé que trois ou quatre vœux significatifs (paroisse de Saint-Côme, vœux des constructeurs de navires de Marseille) avec trois ou quatre vœux douteux (V. cahier de Ruffec dans la sénéchaussée d'Angoulême, Saint-Germain dans le Cotentin).

Le silence de ces cahiers est significatif, puisque beaucoup d'entre eux s'occupent de questions juridiques; certains demandent même le maintien de la coutume locale (V. cahiers de Saint-Germain-de-la-Campagne dans le Cotentin; Alençon, quoique moins net).

(2) Vœux du clergé de Lyon, du clergé de Clermont-Ferrand en faveur d'un Code unique; du clergé de Rouen pour le maintien de la constitution du duché de Normandie; du clergé de Blois, du clergé de Montargis pour la diminution du nombre des coutumes. Au total 10 cahiers sur 75 s'occupent de la question. C'est peu. Sur ces 10 il y en a quatre seulement qui demandent l'unification.

se montrant hostile à l'unification (1). Les cahiers du Tiers Etat, donnant l'opinion d'une plus grande partie de la nation, posent quelquefois la question, mais sont divisés et l'on ne peut pas dire non plus qu'ils demandent l'unification (2).

Si les historiens ont en général conclu en sens opposé, c'est parce qu'ils ont été trompés par la rédaction de certains vœux où le mot « *coutume* » signifie, non pas « usage de droit commun », mais « redevances » ; où le mot « *code* » signifie, non pas « système complet de législation », mais « ordonnance », « grande ordonnance » ; de sorte qu'il ne faut pas croire que le pays demandait une législation unique quand il réclamait « l'uniformité des poids, mesures et coutumes », mais « l'uniformité des poids, mesures et redevances », pas

(1) Vingt et un cahiers s'occupent de l'unification. Certains témoignent d'une grande indécision (celui de Montpellier notamment), seuls les cahiers de Lyon et de Saint-Flour sont formels pour demander l'unification ; ceux de Nancy et de Saint-Quentin demandent une unification restreinte. 8 vœux demandent le maintien du droit existant (Dijon, Caen, Rouen, Vitry, etc...).

(2) Certains vœux sont formulés en faveur d'un droit écrit plus pratique (Toulouse), d'autres en faveur de l'unification des interprétations divergentes que les Parlements font de la législation romaine ; quelques-uns en faveur d'une délimitation nette des pays de droit écrit et des pays coutumiers (Chalon-sur-Saône). Le droit écrit tient donc à conserver sa législation. En pays coutumier il y a des vœux nombreux en faveur de l'unification : ce sont des vœux soit en faveur d'une unification des coutumes, soit en faveur d'une unification complète (Anjou, Saint-Quentin, Châlons-sur-Marne, etc.), d'autres vœux au contraire sont formulés en faveur du maintien du droit actuel (Rouen, Clermont-Ferrand, etc...), quelques-uns demandent une unification restreinte (Arras par exemple). Les cahiers de Châlons-sur-Marne contiennent un vœu intéressant, qui cherche à concilier les deux idées, en demandant un droit commun pour tout le royaume, mais en ajoutant qu'il faut que les coutumes et jurisprudences particulières soient recueillies et confirmées pour servir d'exception au droit commun. On aurait donc eu ainsi une législation générale pour l'ensemble du droit civil, et les détails auraient varié suivant les lieux.

plus que lorsqu'il réclamait « la réformation du Code civil et criminel », entendant par là la grande ordonnance de la Justice de 1667, connue sous le nom de Code Louis (1).

Et cependant en l'espace de 15 années voici que l'idée d'un Code pour toute la France s'est affirmée dans l'esprit du législateur, voici même qu'elle est devenue essentielle puisqu'on la mentionne dans les constitutions, voici qu'elle est la première du gouvernement nouveau, et le Code est rédigé, et puis voté. Et personne ne proteste. Aucune province ne réclame. La loi partout s'applique, et le droit ancien est abrogé sans heurt et sans critique. N'est-ce point intéressant ? N'est-ce pas qu'il faut en chercher la raison vraie ? La raison vraie n'est-elle pas qu'il y a eu une véritable transaction ? Mais cette transaction est-elle bien celle dont Portalis parlait dans son *Discours Préliminaire*, à laquelle historiens et juristes font sans cesse allusion, opérée à Paris, par deux jurisconsultes du Nord et deux jurisconsultes du Midi ? Si le droit nouveau et général a été accepté et n'a produit dans la vie économique et sociale aucune vaine agitation, n'est-ce pas plutôt parce que tous ceux qui étaient au courant des problèmes de la pratique judiciaire, des coutumes si diverses et de leur raison d'être, y ont collaboré ? La transaction entre pays de coutumes et pays de droit écrit, et entre les coutumes elles-mêmes si opposées, entre les différentes régions de la France, n'existe-t-elle pas seulement du jour où les magistrats, en constant

(1) D'ailleurs ces cahiers demandent un Code nouveau ; ils pensent donc à un Code existant. Voir en outre Ferrière, *Dictionnaire*, V° Code ; Guyot, V° Code.

rapport avec la pratique et ses difficultés, ont fait part au Conseil d'Etat de leurs opinions sur ce qui devait être abrogé, ou conservé, ou modifié, ou créé, ou transplanté ? Le Premier Consul ne l'avait-il pas compris ainsi ?

Pour ma part, j'attache « aux opinions bigarrées des magistrats » une grande importance, dans l'œuvre d'unification du droit français, et j'estime qu'il est juste, après avoir rendu un hommage qui ne sera jamais trop grand à ceux qui ont eu une part d'effort et de création importante, de mettre en pleine lumière l'œuvre, moins importante, mais nécessaire, des collaborateurs que furent pour eux les magistrats des Tribunaux.

En présentant aujourd'hui un travail sur les observations du Tribunal d'Appel de Montpellier, je n'entends point m'attacher purement et simplement à l'examen critique des observations du Tribunal de Montpellier et tenter ainsi un cours de droit civil sur quelques points de droit indiqués par les magistrats de Montpellier. Je n'entends pas davantage apporter un tableau complet de la situation juridique de Montpellier à la fin du XVIII^e siècle, et je n'ai pas la prétention de démontrer l'influence exacte du Tribunal de Montpellier sur la rédaction du Code civil.

J'entends bien plutôt démontrer que certains Tribunaux n'ont pas admis la législation qui leur était présentée et qu'ils n'ont pas voulu reconnaître une transaction inachevée, qu'ils souhaitaient complète, la sentant obligatoire pour faire admettre demain, dans un pays si divisé hier, une loi unique.

J'entends le démontrer pour le Tribunal de Montpellier en particulier, laissant à d'autres, ou à plus tard, le soin de faire une semblable recherche pour une autre région.

Car ce livre n'est pas un tout, une œuvre achevée, mais une partie de celle qu'il faut faire : cet essai se rattache au programme beaucoup plus général de l'étude par régions des observations des Tribunaux d'Appel, où l'on recherchera la survivance de notre ancien droit régional dans notre droit national actuel, où l'on montrera comment la transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, d'une part, entre les coutumes, d'autre part, s'est opérée. L'apport du Languedoc serait étudié dans les observations du Tribunal d'Appel de Toulouse, pour une grande partie, dans les observations du Tribunal d'Appel de Montpellier, pour le Rouergue, les Pyrénées-Orientales et la plaine méditerranéenne. On trouverait un apport du Bassin Parisien dans les observations du Tribunal de Cassation et dans celles du Tribunal d'Appel de Paris. La Normandie nous intéresserait aussi par les observations de Caen et de Rouen. L'est de la France fournirait un apport qui ne devrait pas être dédaigné, car les Tribunaux de Nancy et de Metz ont présenté des critiques aussi. La région de la Provence dont le Parlement n'était pas souvent d'accord avec ceux de Paris et de Toulouse nous serait connue par les rapports du Tribunal d'Appel de Grenoble.

Et lorsque toutes ces études seraient achevées, un ouvrage d'ensemble les synthétiserait, et je crois qu'alors on aurait la physionomie exacte de la collaboration nationale à ce que l'on considère comme l'œuvre du Premier Consul. Je crois qu'alors on pourrait dégager la philosophie exacte du Code civil.

Dans l'essai présenté aujourd'hui sur la collaboration du midi de la France, il n'a pas été groupé les observations des Tribunaux d'Appel du Languedoc : seules les observations du Tribunal de Montpellier ont été examinées. Ce sont les plus importantes, et elles offrent aussi ce caractère d'être un sujet d'histoire locale de notre droit. Ces deux raisons ont déterminé notre choix. En arrêtant les grandes lignes de notre essai, nous pensions trouver, en effet, des documents inédits plus particulièrement intéressants pour Montpellier, car cette recherche minutieuse des documents est l'une des conditions de succès de la méthode que nous proposons.

*
* *

Bien que nos recherches aient été souvent vaines, bien que nous ayons eu le regret de laisser dans l'ombre certains détails intéressants, nous avons cru pouvoir présenter cette étude. Loin de suivre les conseils de ceux qui nous disaient l'inanité d'une œuvre historique, lorsqu'elle n'était point grossie de nombreux documents inédits, loin de suivre les conseils de ceux qui nous assuraient l'inutilité d'une critique des observations des Tribunaux d'Appel, puisqu'elle était à la portée de tout lecteur du Fenet, nous espérons compléter l'œuvre des historiens qui se sont bornés à faire connaître qu'une consultation des Tribunaux d'Appel avait eu lieu, sans en indiquer le fonctionnement, sans en analyser le résultat; nous espérons éviter beaucoup de travail au lecteur du Fenet en écrivant la critique qu'il aurait pu faire sans doute, qui n'a jamais été faite cependant. Nous n'avons pas pensé qu'un document une fois publié était

destiné à être lu seulement, mais qu'il pouvait être interprété et expliqué, que son interprétation devait être cherchée dans l'histoire régionale. Nous avons estimé, enfin, que la véritable méthode historique et scientifique ne nous condamnait point au silence sur celles de nos recherches qui avaient été closes par un procès-verbal de carence, car elles ne sont pas forcément vaines pour cela : de l'inexistence certaine d'un document une conclusion peut s'imposer, de la perte de quelques documents locaux on ne peut pas décider qu'il en sera de même partout ailleurs. Car, encore une fois, il n'y a point ici une œuvre complète, un tout achevé, mais une ébauche, la préface et le premier chapitre d'une œuvre bien plus vaste, dont la conclusion ne peut aujourd'hui que se soupçonner, mais qui sans doute — encore qu'il ne faille point conclure à priori — montrera une influence certaine des Tribunaux d'Appel, dans la réalisation de cette transaction sublime qui a donné à la France, après les vains efforts d'une monarchie despotique et inhabile, après les stériles essais de gouvernements révolutionnaires et utopiques, un Code où les aspirations nationales sont venues s'harmoniser.

PREMIÈRE PARTIE

LES OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL DE MONTPELLIER

Avant d'étudier son rapport, demandons-nous comment le Tribunal de Montpellier a travaillé, et, pour mieux connaître ses conclusions, recherchons les influences juridiques qui ont agi sur lui.

Notre première partie ayant ce double but répondra donc aux deux questions suivantes :

1° Quelle était en l'an IX la composition du Tribunal d'Appel de Montpellier et quel était l'esprit qui l'animait ?

2° Comment ce Tribunal a-t-il étudié le projet de loi lorsqu'il a reçu la circulaire du ministre de la Justice du 12 germinal an IX ?

CHAPITRE PREMIER

Le Tribunal d'Appel de Montpellier en l'an IX

Le Tribunal d'Appel de Montpellier fut créé par la loi sur l'organisation des Tribunaux du 14 ventôse an VIII (1) établissant un tribunal de première instance par arrondissement communal (art. 6) et vingt-neuf Tribunaux d'Appel dans les villes et pour les départements stipulés à l'art. 21.

La juridiction du Tribunal séant à Montpellier s'étendait sur les départements des Pyrénées-Orientales, de l'Aude, de l'Aveyron et de l'Hérault (2).

L'art. 23 de la même loi fixait le nombre des juges composant ces différents Tribunaux d'Appel ; il était de quatorze pour le Tribunal de Montpellier, formant une

(1) Duvergier, t. XII, p. 151 ; *Bulletin des Lois*, n° 103 ; *Moniteur Universel* du 23 germinal an VIII.

(2) Ressort actuel de la Cour d'Appel de Montpellier.

seule section. Le président, aux termes de l'art. 25, devait être choisi par le Premier Consul « tous les trois ans, parmi les juges de chaque tribunal ». La première nomination était faite pour une année seulement et tous les présidents étaient « rééligibles ». Enfin l'art. 24 stipulait : « il y aura près de chaque Tribunal d'Appel un commissaire du gouvernement et un greffier ».

L'ordre de service dans chaque Tribunal d'Appel devait être établi par un règlement du tribunal soumis à l'approbation du gouvernement.

La Constitution nouvelle ayant, dans son art. 1, remis au Premier Consul la nomination des juges, Bonaparte prit le 8 prairial an VIII, pour la composition du Tribunal d'Appel de Montpellier, un arrêté rapporté en ces termes dans le numéro du 10 prairial an VIII du *Moniteur Universel* :

Bonaparte, Premier Consul de la République, nomme les citoyens dont les noms suivent pour remplir, dans le département de l'Hérault, les fonctions ci-après désignées, savoir :

Tribunal d'Appel séant à Montpellier :

Président : Perdrix, juge actuel de l'Hérault.

Juges : Berives (1), juge actuel ; Albeisson Lacroix, idem ; Rey Pailhade, idem ; Cavalier, président du Tribunal criminel de l'Hérault ; Carlenc, juge actuel de l'Hérault ; Rozier, ex-juge au Tribunal de Cassation ; Cambon, ex-président de district à Milhaud ; Vaissettes, président du Tribunal criminel de l'Aveyron ; Albarel, ex-juge de Cassation et juge actuel de l'Aude ; Favre, commissaire près les Tribunaux de l'Aude ; Michel Matheu, juge actuel des Pyrénées-Orientales ; Ribes, ex-législateur.

(1) *Le Moniteur Universel* n'a pas toujours reproduit exactement les noms des juges. Il faudrait ici Derives ; de même plus loin Albisson-Lacroix, et non Albeisson ; Vayssette, et non Vaissettes. V. à ce sujet les commissions des juges, sur le *Registre des Délibérations*, fol. 3 sqq.

Commissaire : T. Albisson, professeur de législation du département de l'Hérault.

Greffier : Golfin, greffier actuel du Tribunal civil de l'Hérault.

Ordonne en conséquence qu'ils se rendront de suite à leur poste pour y remplir les fonctions qui leur sont attribuées par la loi.

En l'absence du Premier Consul :

Le Second Consul, signé, CAMBACÉRÈS.

P. le Second Consul :

Le Secrétaire d'Etat, signé, H.-B. MARET.

L'article 3 de l'arrêté des Consuls du 24 Germinal an VIII, relatif à l'installation des Tribunaux (1), chargeait les Préfets de l'installation des Tribunaux d'Appel, des Tribunaux criminels et des Tribunaux de première instance dans les chefs-lieux. Le Préfet devait recevoir de chacun des membres qui composaient ces Tribunaux « la promesse de fidélité à la Constitution ». En vertu de ces dispositions le Ministre de la Justice Abrial adressait au Préfet du département de l'Hérault (2), le 19 prairial an VIII de la République une et indivisible, les nominations à diverses places judiciaires, en le priant de « les faire parvenir à chacun de ceux qu'elles concernent » et de lui en accuser réception (3). Le même jour

(1) Duvergier, t. XII, p. 180.

(2) Le baron Barthélemy Nogaret, originaire de Marvéjols et propriétaire à Saint-Laurent-d'Olt, qui fut Montpelliérain dès sa jeunesse, alors que son père avait une charge de procureur dont la Révolution le priva. Etant député aux Cinq-Cents, il retrouva l'amitié de Cambacérès, qui le fit nommer préfet de l'Hérault dès la première promotion, le 12 ventôse an VIII. (*Montpellier il y a cent ans, 1811-1812*, conférence par Louis-J. Thomas, dans un Recueil de Conférences sur Montpellier, publié par l'Association des Amis de l'Université en 1912.)

(3) Arch. Dép., série U.

il le chargeait de l'installation des Tribunaux en ces termes :

« L'arrêté des Consuls en date du 24 Germinal dernier charge les Préfets et Sous-Préfets de l'installation des Tribunaux.

» Au moyen de la transmission que je vous fais des commissions des membres des divers Tribunaux à établir dans votre arrondissement, rien ne s'oppose à ce que l'installation de ces juges ne s'effectue.

» C'est à vous donc, citoyen, à fixer le jour de l'installation des Tribunaux à établir dans votre ville.....

» Je vous invite, citoyen, à prendre les mesures convenables pour que l'installation de ces Tribunaux soit faite avec la solennité nécessaire. Vous recevrez des juges et commissaires la promesse *d'être fidèle à la Constitution et de remplir avec exactitude les fonctions qui leur sont confiées.*

» Vous voudrez bien, citoyen, me faire connaître l'époque où l'installation de tous les Tribunaux de votre département sera consommée. »

Au reçu de cette lettre le Préfet invita la Municipalité, l'armée et les fonctionnaires à assister à l'installation du Tribunal d'Appel de Montpellier, fixée au 21 messidor suivant. Le procès-verbal de la première délibération du Tribunal d'Appel de Montpellier, consigné sur le registre des délibérations en Chambre du Conseil, porte en effet la mention suivante :

Du vingt-trois messidor an huit de la République française une et indivisible, le Tribunal d'Appel séant à Montpellier étant assemblé dans la Chambre du Conseil présents les membres soussignés.

Le citoyen Albisson commissaire du Gouvernement près le Tribunal a mis sur le Bureau une expédition en forme du procès-verbal qui a été tenu le vingt-un pour l'installation du Tribunal, il a requis la lecture et transcription sur le présent registre, ainsi que de la commission de chacun des membres du Tribunal.

Lecture faite par le greffier du procès-verbal d'installation.

Le Tribunal faisant droit sur les réquisitions du commissaire

du Gouvernement, arrête que le susdit procès-verbal et les commissions de chacun des membres du Tribunal seront transcrits de suite sur le présent registre.

Perdrix, président ; Carlenc, Derives, Albisson, Alboize, Albarel, Reypailhade, J. Albisson (1).

Immédiatement est transcrit le procès-verbal de l'installation solennelle :

L'an huitième de la République française une et indivisible et le vingt un unième jour du mois de messidor à dix heures du matin.

Nous Pierre-Barthélémy-Joseph Nogaret, préfet du département de l'Hérault, assisté de Jacques-André Bouquette, secrétaire général, nous sommes rendus dans la salle ordinaire des séances publiques de la Préfecture, où d'après les invitations qui leur avaient été faites, se sont réunis les membres du Conseil de préfecture et du Conseil d'arrondissement communal du chef-lieu du département, les maires et adjoints de la ville de Montpellier, les juges de paix et assesseurs, les membres du Tribunal de commerce de la ville, le général divisionnaire Gouvion, commandant en chef la neuvième division militaire, et autres officiers.

Nous nous sommes transportés au Palais de Justice accompagnés d'un détachement de la garde nationale sédentaire, précédé d'une musique guerrière.

Etant parvenus à la salle d'audience du Tribunal d'Appel dans laquelle se sont trouvés les citoyens nommés par le Premier Consul pour remplir les places de président, juges, commissaire et greffier, dont l'installation a été fixée à aujourd'hui, par notre arrêté du vingt-huit du mois dernier, Nous avons pris séance sur le siège et le cortège s'est placé dans le Parquet ; après avoir prononcé un discours, nous avons fait faire l'appel nominal des membres du Tribunal, auquel les citoyens Perdrix, président ; Derives, Albisson, Lacroix, Reypailhade, Cavalier, Carlenc, Albarel, Alboize et Matheu, juges ; J. Albisson, commissaire, et Golfin,

(1) *Registre, folio 2.*

greffier, ont répondu, en faisant individuellement et successivement la déclaration suivante :

Je promets d'être fidèle à la Constitution et de remplir avec exactitude les fonctions qui me sont confiées.

Nous leur avons concédé acte de leur déclaration et nous leur avons donné connaissance des lettres qui nous ont été écrites les trois et quatre de ce mois par le préfet du département de l'Aveyron et le citoyen Vayssette, ainsi que du procès-verbal d'installation de ce juge en qualité de Président du Tribunal criminel du même département. Après quoi nous avons installé sur les sièges les membres présents. Le Président et le commissaire ont prononcé chacun un discours (1) et nous avons clôturé le présent procès-verbal qui a été signé par les président, juges, commissaire et greffier, par nous et le secrétaire général de la préfecture. Signés : Perdrix, président ; Derives, Albisson, Reypailhade, Cavalier, Carlenc, Albarel, Alboise, Michel Matheu ; J. Albisson, commissaire ; Golfin, greffier ; Nogaret, préfet du département, et Bouquette, secrétaire général. Pour expédition : Bouquette, secrétaire général, signé (2).

Suivent sur le registre (fol. 3 sqq.) les commissions des magistrats installés.

(1) Nous n'avons pas retrouvé ces discours, pas plus d'ailleurs que celui du Préfet. *Le Moniteur Universel*, que nous avons consulté jusqu'à la date du 10 fructidor an VIII, ne parle pas de l'installation du Tribunal d'Appel de Montpellier, alors qu'il rapporte celle du Tribunal criminel du département de la Dordogne (numéro du 25 thermidor an VIII), du Tribunal civil de l'arrondissement d'Aurillac (numéro du 13 messidor an VIII), avec les discours prononcés.

Nous n'avons trouvé aucune trace de la presse locale de cette époque. Le manuscrit de Soulier porte cette mention laconique : « 21 messidor an VIII : installation du Tribunal d'Appel de Montpellier, et de suite du Tribunal criminel de l'Hérault. » Ce manuscrit paraît avoir totalement négligé le Tribunal d'Appel de Montpellier et le Président Perdrix. Par contre il donne des renseignements et des détails piquants sur l'installation du Président Duveyrier, successeur du Président Perdrix.

(2) En marge des signatures on lit :

« n° Le 22 thermidor an X, j'ai payé au citoyen Petit, receveur, les droits d'enregistrement de mon serment de greffier du Tribunal. »

Voici celle du Président Perdrix :

LIBERTÉ-ÉGALITÉ

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

BUREAU

de

l'Organisation générale
de l'ordre judiciaire

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Du huit prairial an huit de la République
une et indivisible

N° 81

Bonaparte, Premier Consul de la République, nomme le citoyen Perdrix juge actuel de l'Hérault pour remplir les fonctions de Président au Tribunal d'Appel séant à Montpellier, département de l'Hérault, ordonne en conséquence qu'il se rendra de suite à son poste, pour y remplir les fonctions qui lui sont attribuées par la loi.

En l'absence du Premier Consul, le Second Consul, *signé*, CAMBACÉRÈS. P. le Second Consul, le Secrétaire d'Etat, *signé*, Hugues-B. MARET. Pour copie conforme, le Ministre de la Justice, ABRIAL, *signé*.

Les autres commissions, rédigées en termes identiques, sont celles des citoyens :

Derives, juge actuel de l'Hérault, pour remplir les fonctions de premier juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Albisson-Lacroix, juge actuel de l'Hérault, pour remplir les fonctions de deuxième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Reypailhade, juge actuel de l'Hérault, pour remplir les fonctions de troisième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Cavalier, Président du Tribunal criminel de l'Hérault, pour remplir les fonctions de quatrième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Carlenc, juge actuel de l'Hérault, pour remplir les fonctions de cinquième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Albarel, ex-juge de Cassation et juge actuel de l'Aude, pour remplir les fonctions de neuvième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Aboize aîné, ex-juge de l'Aude, pour remplir les fonctions de dixième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Michel Matheu, juge des Pyrénées-Orientales, pour

remplir les fonctions de douzième juge au Tribunal d'Appel séant à Montpellier ; Albisson, professeur de législation du département de l'Hérault, pour remplir les fonctions de commissaire au Tribunal ; Golfin, greffier du Tribunal civil de l'Hérault, pour remplir les fonctions de greffier au Tribunal.

Par la suite le Tribunal fut complété par les installations des citoyens Ribes, Vayssette, Rozier (1) et Favre, commissaire du Gouvernement pour le Tribunal de l'Aude (2), le 18 nivôse an IX, par la nomination du citoyen Giscard de Saint-Laurens, ex-juge (3), et enfin, le 7 germinal, le citoyen Barre, vice-président du Tribunal de première instance de l'Hérault, était appelé à remplacer le citoyen Albisson, décédé (4).

Les magistrats ainsi nommés à Montpellier étaient donc choisis parmi ceux de la région. Celui qui devait présider le nouveau Tribunal était celui-là même qui, après avoir siégé comme conseiller à la Cour des Aydes de Montpellier, avait été appelé par ses concitoyens à présider le Tribunal du district de Montpellier en 1790, et qui présidait le Tribunal civil de l'Hérault depuis l'an IV. C'était le fils d'Etienne-Gabriel de Perdrix, conseiller à la Cour des Aydes ; né à Montpellier en 1725, il fut le dernier représentant d'une famille de magistrats qui avait acquis un certain lustre dans l'enseignement des lois à la Faculté de Montpellier (1630-1713). (5).

(1) *Registre des Délibérations*, folio 10, recto.

(2) *Registre des Délibérations*, folio 15, verso.

(3) *Registre des Délibérations*, folio 17, verso.

(4) *Registre des Délibérations*, folio 18, recto.

(5) Il eut de son mariage avec Marie de Belleval, fille du dernier président de Belleval, une fille unique Elisabeth ; mariée en 1775 à J.-J. Mestres de Roquessols, celle-ci mourut au château de Loubatière, près Pézenas, le 21 août 1833.

Ses contemporains le représentent comme un magistrat intègre, qui offrait dans sa personne un heureux assemblage de capacité et de modestie, soutenu par une activité qui jusqu'à la dernière heure défia le poids des ans.

Lors de l'installation de son successeur, M. Duveyrier, le Procureur général impérial, M. Fabre, s'exprima ainsi : « Plein de zèle pour l'administration de la justice, il se chargeait avec plaisir des occupations les plus pénibles ; n'ayant jamais souci d'être suppléé, il était toujours prêt à suppléer au défaut des autres ; imitant les anciennes mœurs de la magistrature, il était toujours à l'ouvrage dès les quatre heures du matin et avait presque rempli sa tâche journalière au moment où les autres hommes peuvent à peine se dégager des bras du sommeil. Il a constamment tenu cette conduite jusqu'à la fin de ses jours. »

M. Duveyrier, en prenant son siège, a dressé de lui ce portrait : « Consacré dès sa naissance au service des lois et nourri dans le berceau de la magistrature, il parut parmi vous formé, par la nature de ses facultés physiques et morales, dans le développement progressif des forces de son esprit et des affections de son cœur, pour l'étude, la pratique et l'application des lois.

» Magistrat, il ne vécut longtemps et ne respira jusqu'à son dernier soupir que pour les fonctions de la magistrature. L'exercice de ses fonctions n'offrait à sa pensée ni travail, ni fatigue, ni devoir. C'était le cercle naturel de ses habitudes, le mode de son existence et le foyer de sa vie. Il ne connut de la société que ses rapports avec les nobles occupations de son emploi ; et même au déclin de son infatigable carrière, à voir ce zèle qui devançait le zèle des plus ardents, et cette assiduité qui réglait l'exactitude des plus assidus, on eût dit

que son existence même cherchait une autre existence pour doubler et prolonger la jouissance des fonctions auxquelles elle était exclusivement consacrée. Cette vertu lui donna toutes les autres, et le tableau de sa vie entière est aussi le tableau parfait des qualités dont je viens de tracer l'esquisse (1). »

Ce zèle et ces qualités, il les garda jusqu'à sa fin, et le Procureur général Fabre n'exagérait pas en disant que la mort l'avait surpris lorsqu'il se livrait avec son zèle accoutumé aux fonctions de son ministère, puisque le 19 décembre 1807 le Premier Président Perdrix assistait encore à la réunion des membres du Tribunal en Chambre de Conseil et signait le procès-verbal (2) alors qu'il devait mourir le 29 décembre, à l'âge de 82 ans (3).

(1) *Procès-verbal de l'installation de M. Duveyrier à la place de Premier Président de la Cour d'Appel séant à Montpellier*, p. 4-9 et 10-30.

(2) V. *Registre des Délibérations du Tribunal d'Appel de Montpellier*, folio 69 recto.

(3) Voici la mention du *Registre des Délibérations du Tribunal* se rapportant à la mort du président Perdrix : « Du mercredi 30 décembre mil huit cent sept, la Cour d'Appel séant à Montpellier, assemblée dans la Chambre du Conseil, présents les membres soussignés et le procureur général.

» M. Reypailhade, faisant les fonctions de président, ayant donné connaissance à la Cour de la lettre qui lui a été écrite par M. de Roquesols en date de ce jourd'hui qui annonce la mort de M. de Perdrix, président à la dite Cour, a délibéré de lui répondre en ces termes :

» Monsieur,

» En mêlant leurs larmes à celles d'une famille justement affligée de la perte d'un chef si respectable, les membres de la Cour d'Appel ont chargé celui qui préside par intérim de vous dire que M. de Perdrix dictant ses volontés relatives à ses funérailles qu'il a voulu être faites avec simplicité n'a pas pu, ni entendu sans doute dispenser les fonctionnaires de remplir les obligations qui leurs sont imposées par la loi dans cette triste conjoncture ; qu'en conséquence du désir de l'art. 16 section 2 titre 26 de la loi du 26 messidor an 12, ils assisteront par députation aux funérailles d'un chef dont le souvenir sera toujours gravé dans leur mémoire ; ils vous prient donc pour être à même de remplir ce devoir sacré de leur faire connaître, ainsi qu'aux autres fonctionnaires et autorités constituées désignées dans la

Tel était, en l'an IX, au moment où le gouvernement lui demandait d'étudier le projet de Code civil, le Tribunal d'Appel de Montpellier : il étendait sa juridiction sur un pays tout entier régi par le Droit romain que des coutumes locales avaient modifié ou complété, et qu'interprétaient le Conseil souverain de Perpignan et le Parlement de Toulouse (1) ; il était composé de juriscultes qui avaient professé en pays de Droit écrit, ou bien qui y avaient étudié et puis adapté à la pratique le Droit romain et qui vivaient depuis longtemps au milieu des coutumes méridionales ; un vieillard élevé dans le respect des lois, dont les connaissances juridiques étaient profondes, dont l'activité au travail était ancienne et restait ferme, incarnant aux yeux de ses concitoyens le type du magistrat, était à sa tête et le présidait (2).

loi sus énoncée, l'heure où les dites funérailles doivent avoir lieu et qu'ils resteront assemblés jusqu'à ce que vouliez bien leur faire cette communication. Reypailhade, Rozier, Albarel, Carlenc, P.-E. Martin-Choisy, Giscard, Illisible, Fabre, procureur général impérial. » (folio 67 verso.)

(1) Dubédat, *le Parlement de Toulouse*, t. 1, p. 31.

(2) De la Roque, *Biographie Montpelliéraine : Premiers Présidents des Cours souveraines, 1603-1867*. (Résumé très sec et qui reproduit les principaux passages des discours prononcés à l'audience d'installation du successeur du président Perdrix, on trouvera les discours en entier dans le procès-verbal d'installation. L'auteur ne paraît pas s'être documenté ailleurs que dans ce procès-verbal et dans le *Registre des Délibérations du Tribunal de Montpellier*. Il indique cependant que le président Perdrix était « nourri des idées philosophiques du XVIII^e siècle, admirateur de Voltaire et partisan des théories sensuelles et épicuriennes du baron d'Holbach et d'Helvetius » ce qui gagnerait à être précisé.)

Personnellement nous n'avons pas trouvé beaucoup de renseignements inédits sur lui. Il nous a paru n'avoir joué aucun rôle politique pendant les années troublées de la Révolution et s'être tenu à l'écart de la mêlée. Est-ce lui qui signait « Perdrix » avec d'autres nobles, le cahier de doléances de la noblesse de Montpellier ? N'ayant pas eu le manuscrit entre les mains nous ne pouvons conclure. Disons seulement qu'il était d'origine noble.

Dans le manuscrit de Soulier, *Recherches historiques et chronologiques*, nous

n'avons pas trouvé son nom et nous avons même été assez surpris de lire beaucoup de détails sur la nomination, la réception et l'installation de M. Duveyrier, alors qu'il n'y a aucune mention sur les nominations successives du président Perdrix, ni sur sa mort, pas plus que sur le Tribunal d'Appel.

Dans ce même document nous avons souvent relevé le nom de Albisson, mais il était sans doute toujours question de Jean Albisson, l'auteur des *Lois du Languedoc*, qui fut juge au Tribunal criminel de l'Hérault, ensuite membre du Tribunat (Cf. 2^e Partie, chap. IX). V. Paul Catalan, *La Justice Révolutionnaire à Montpellier, 1793 et 1794*.

CHAPITRE II

La Rédaction des Observations du Tribunal d'Appel de Montpellier

Tous les Tribunaux n'ont pas procédé de la même méthode pour rédiger leurs observations. La lettre de la circulaire du 12 germinal an IX (1) confiait à « une Commission de trois membres » la rédaction des observations, mais l'esprit de la circulaire voulait que le Tribunal entier connaisse le projet et collabore à cette critique, puisqu'un exemplaire du projet était « pour rester au greffe à la disposition des autres membres du Tribunal », et le Ministre de la Justice paraissait attendre « les lumières et le fruit de l'expérience » de tous les magistrats, « pour contribuer à la perfection de cet ouvrage important ».

Certains Tribunaux, voulant concilier la lettre avec

(1) V. Introduction, p. 13.

l'esprit, ont nommé une Commission et ont travaillé, soit après que celle-ci eut rédigé un rapport, comme le Tribunal de Rennes (1), soit au contraire avant, laissant à la Commission le soin de consigner ensuite les observations, comme le Tribunal de Nîmes (2) ou celui de Riom (3); tandis que d'autres, les Tribunaux de Limoges (4), de Poitiers (5), de Rouen (6), etc., se bornaient à adopter le rapport présenté par leur Commission, sans le discuter.

Au contraire, certains Tribunaux n'ont pas nommé de Commission et le travail a été fait en commun, et c'est ce qui a eu lieu à Nancy (7).

Enfin une dernière méthode de travail a été suivie : le Tribunal s'est borné à nommer une Commission et

(1) V. Fenet, t. V, p. 319.

(2) Le Tribunal de Nîmes a fait précéder son travail de la mention : « Les commissaires nommés par le Tribunal d'Appel séant à Nîmes, en conséquence de la lettre du Ministre de la Justice, du 12 germinal dernier, à l'effet d'examiner le projet de Code civil, ont rédigé les observations suivantes, après en avoir délibéré avec les autres membres du Tribunal et le commissaire du Gouvernement. » (Fenet, t. V, p. 3.)

(3) Le Tribunal de Riom a discuté le projet en « séances générales » pour les observations être ensuite « rédigées par la Commission nommée conformément à la lettre du Ministre de la Justice du 12 germinal dernier. » (Fenet, t. V, p. 408.)

(4) Le Tribunal de Limoges, « après avoir nommé des commissaires et entendu leur rapport sur cet important ouvrage, a cru devoir présenter au Gouvernement les observations suivantes. » (Fenet, t. IV, p. 3.)

(5) Le Tribunal de Poitiers présente ses observations, comme l'œuvre de sa commission, mais comme « *rédigées en présence et de l'avis des membres du Tribunal.* » (Fenet, t. V, p. 291.)

(6) Le Tribunal de Rouen présente des observations « *arrêtées par le Tribunal d'après et sur le rapport de sa commission.* » (Fenet, t. V, p. 455), et c'est le commissaire du Gouvernement qui signe seul les observations. (Fenet, t. V. p. 554.)

(7) Le rapport du Tribunal de Nancy est, en effet, signé ainsi : « *Fait et arrêté en la Chambre du Conseil du Tribunal, à Nancy, tous les membres présents, à l'exception du citoyen Ballant, absent, le 1^{er} prairial an IX de la République française, signé (suivent les signatures).* » (Fenet, t. IV, p. 621.)

celle-ci paraît avoir agi seule du jour de son élection ; c'est précisément ce qui s'est passé à Montpellier.

Dès la réception du projet le Tribunal de Montpellier nomma une Commission de trois membres, ainsi qu'il est porté dans son Registre des Délibérations au folio 18 :

Du vingt et un germinal an IX de la République une et indivisible, le Tribunal d'Appel séant à Montpellier, assemblé en la Chambre de Conseil, présents les membres soussignés, *et le commissaire du gouvernement* (1).

Le citoyen Perdrix, président, a dit qu'il venait de recevoir un paquet adressé au Tribunal par le ministre de la Justice. Que le paquet contenait quatre exemplaires du Code civil rédigé par ordre du Gouvernement, que la lettre qui accompagnait cet envoi invitait le Tribunal à nommer trois de ses membres pour examiner ledit projet et y faire les observations qu'ils jugeraient convenables.

Sur quoi lecture faite de la susdite lettre, le Tribunal a nommé les citoyens Perdrix, président, Albarel et Ribes, juges, et il a été remis à chacun d'eux un des exemplaires envoyés par le ministre, le quatrième a été déposé devers le Greffe.

Signé : Perdrix, président, Derives, Giscard, Carlenc,
Alboize, Albarel, L. Ribes, Rozier.

(1) Les mots en italique ont été rayés sur le registre. Remarquons en outre, sans pouvoir cependant en tirer aucune conclusion, que la même expression est rayée lors de la mention de la délibération qui eut lieu pour nommer une Commission chargée d'examiner le projet de Code de Commerce, à la date du 1^{er} nivôse an X, au folio 25 du *Registre* ; au contraire l'expression subsiste lorsqu'il s'agit de la nomination de la Commission du Code criminel, correctionnel et de police (feuille 34, à la date du 17 nivôse an XII) ; cette Commission n'ayant pas eu le temps de se livrer à un travail sérieux, la décision fut rapportée et à la date du 22 ventôse an XII le Tribunal décida « réuni en la Chambre de Conseil » qu'aucun rapport ne serait préparé par elle, mais que chaque membre du Tribunal ferait telles observations qu'il jugerait convenable de faire sur le projet. Cette décision fut prise « le commissaire du Gouvernement entendu ». Il est vrai que le commissaire du Gouvernement faisait partie de la Com-

Et le rapport est signé, d'après la publication de Fenet et d'après la reproduction des Archives Parlementaires : « *les commissaires du Tribunal d'Appel séant à Montpellier, pour les observations sur le projet de Code civil. Signé : Perdrix, président ; Albarel, Ribes (1).* » Ce qui est conforme au titre du rapport : « *Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 germinal dernier par le Tribunal d'Appel séant à Montpellier (2).* » De sorte que ce rapport paraît être l'œuvre exclusive de la commission.

Faut-il en conclure que le Tribunal de Montpellier n'a pas eu connaissance du rapport lui-même, et que ses membres se sont contentés, pour diriger l'opinion de la commission, de conversations particulières avec les commissaires ? Cela est probable. Et la raison doit en être que le Président Perdrix était l'un des commissaires. Tout le monde, en effet, rendait un juste témoignage à la haute compétence de ce magistrat de carrière.

Sans doute le Président Perdrix a-t-il eu de nombreux entretiens avec les juges du Tribunal, pour s'étonner *des dispositions systématiques* qui ont fait l'objet d'un long paragraphe du rapport de la commission, où l'on sent très bien l'hostilité des magistrats pour les théories du projet. Il est très difficile de croire que les trois commissaires du Tribunal de Montpellier aient pensé des pages aussi

mission d'études nommée le 17 nivôse. Une troisième mention à la date du 3 floréal an XII nous apprend que les observations sur ce Code sont arrêtées en Chambre du Conseil et envoyées au Gouvernement.

Ajoutons enfin que la mention « *et le commissaire du Gouvernement* » est portée aux procès-verbaux des réunions du Tribunal, mais le commissaire du Gouvernement ne signait pas toujours.

(1) Fenet, t. IV, p. 538.

(2) Fenet, t. IV, p. 419.

enflammées que celles qu'ils ont écrites sur l'adoption du régime de communauté légale, sans avoir manifesté à leurs collègues et leur étonnement et leur protestation. La question de la codification était elle-même trop importante pour qu'ils n'aient point discuté souvent sur les grandes lignes du projet et sur les idées générales qui s'en dégageaient, voire même sur l'idée de la « codification » (1).

(1) De tout cela il ne pouvait, sans doute, y avoir trace dans le registre si sommaire des délibérations du Tribunal. C'était plutôt dans les papiers personnels des commissaires et plus particulièrement dans ceux du Président Perdrix que nous pouvions nous renseigner utilement. Malheureusement pas un seul de ces documents ne se trouvait au Greffe de la Cour, où nous n'avons vu aucune liasse ayant pu servir à la rédaction des observations sur le projet de Code civil. Peut-être les papiers utilisés par la commission avaient-ils été conservés à la Bibliothèque de la Cour d'Appel ? Nous n'avons pu forcer les portes de cette riche bibliothèque, et nous regrettons de ne pouvoir apporter ici le résultat des recherches que nous aurions voulu entreprendre, mais seulement l'obligeante réponse du bibliothécaire qui nous a assuré qu'il n'y avait rien, absolument rien pour nous, soit comme manuscrits, soit comme imprimés.

À la Bibliothèque municipale, nous avons également dressé un procès-verbal de carence. Le Secrétaire général et Bibliothécaire de la Société Archéologique de l'Hérault, dont la Bibliothèque nous a été un second sanctuaire interdit, nous a assuré qu'il n'y avait rien de l'époque révolutionnaire se rattachant de près ou de loin à notre étude, dans cette bibliothèque.

Force nous était de rechercher, dans les familles elles-mêmes, les vieux grimoires au fond d'un grenier. Si nous avons retrouvé la trace de la famille Perdrix, nous n'avons pu aboutir à la découverte de l'objet de notre recherche : les papiers du Président Perdrix n'ont pas été conservés jusqu'à nos jours. M. Louis Azaïs (de Béziers), propriétaire actuel du château de Loubatière, ancienne propriété du gendre du président Perdrix, et où mourut le 21 août 1833 sa fille unique, nous fit une très aimable réponse à nos questions et nous informa que les papiers et la bibliothèque du Président Perdrix avaient disparu de la Loubatière bien longtemps avant qu'il ne fût propriétaire de cet immeuble (1898), mais il voulut bien nous promettre de fouiller les greniers et de nous aviser de ses trouvailles. Rien n'a été trouvé, puisque nous n'avons reçu aucune réponse à nos demandes postérieures. M. le Maire de Pézenas nous a informé, d'autre part, qu'il lui était « impossible de pouvoir nous fournir le moindre renseignement sur la famille Perdrix, ni sur ce qu'est devenue sa bibliothèque. »

Quant à la méthode suivie par la commission du Tribunal de Montpellier pour rédiger son rapport, nous n'avons aucun document qui nous permette de l'indiquer. Nous ne savons pas si les trois commissaires s'étaient partagé le travail, et dans ce cas suivant quel mode, ou s'ils ont travaillé en commun, s'ils ont eu de nombreuses conférences, et le rédacteur du rapport nous est inconnu (1).

Cependant un point qui saute aux yeux en lisant le rapport imprimé dans les Recueils des Travaux préparatoires a attiré de suite notre attention : le rapport des commissaires est signé par eux trois et il n'est point fait mention de son adoption par le Tribunal. A ce rapport succède un « supplément » (2) divisé en deux parties, dont ni l'une ni l'autre n'est signée. Sommes-nous en présence d'un mémoire (ou de deux mémoires) rédigé, non plus par la commission, mais par un seul de ses membres, ou même par un autre juge du Tribunal ? Ou bien est-ce toujours l'œuvre commune des trois

(1) Nous espérons trouver toutes ces indications dans les traces qui nous semblaient devoir subsister du travail des trois commissaires : nous pensions qu'ils se réunissaient à jours fixes et rédigeaient alors un procès-verbal de leurs discussions pour indiquer à leur rapporteur la voie à suivre. Il aurait été fort intéressant de publier ainsi quelques pages inédites et de saisir sur le vif les opinions des différents commissaires, le rôle particulier de chacun d'eux, l'influence du président Perdrix, les arguments invoqués pour établir le plan du rapport, etc. Ce que nous disons dans la note précédente, quant à nos recherches, et plus spécialement quant à l'impossibilité de certaines recherches, fait comprendre que si nous n'avons pas eu sous les yeux ces documents, nous sommes, cependant, obligé de faire quelques réserves quant à leur inexistence, soit dans le présent, soit même dans le passé. Aucune conclusion n'est donc possible, à l'heure actuelle, sur la méthode de travail de la Commission.

(2) Fenet, t. IV, p. 538.

commissaires qui reviennent à la charge sur un point particulièrement important à leurs yeux ?

Nous ne pouvons conclure fermement ni dans un sens, ni dans un autre. Nous avons vainement tenté de découvrir le manuscrit adressé au Ministre de la Justice (1), qui par son écriture ou par toute autre indication nous aurait fourni de précieux renseignements.

Cependant la forme dans laquelle le supplément se présente nous fait croire qu'il n'a pas été rédigé par les commissaires, mais par l'un d'eux seulement, ou plutôt encore par un autre membre du Tribunal. Nous lisons en effet en tête du supplément : « Le mode uniforme des constitutions dotales, dont on présente ici le plan, n'étant qu'un supplément aux observations du Tribunal d'Appel de Montpellier, sur le projet de Code civil, on sent que le même esprit et les mêmes principes auront dicté *l'un et l'autre ouvrage* (2). » Pourquoi dire que le supplément est conçu dans le même esprit que les observations présentées par la commission, si c'est la commission elle-même qui l'a rédigé ? Et plus loin, à la fin de la deuxième partie (sur le Code rural), « si ce travail (celui de rédiger en articles les théories énoncées dans le supplément sur cette matière) n'a pas été fait, c'est que la brièveté du temps *et le dérangement de la santé de celui qui* se proposait de le faire, ne l'ont pas

(1) Nous n'avons pas trouvé ce manuscrit dans les cartons dépouillés aux Archives Nationales. Nous nous sommes adressé au Conseil d'Etat dont le bibliothécaire nous a assuré qu'il n'y avait rien à ce sujet. Sans doute les documents concernant la rédaction du Code civil ont-ils été brûlés en 1871 lors de l'incendie du Conseil d'Etat allumé par la Commune, car ils n'ont pas été versés aux Archives nationales. Sont-ils aux Archives du Ministère de la Justice ? La Direction des Archives de la Bibliothèque nous a répondu que non.

(2) Fenet, t. IV, p. 538.

permis dans ce moment au zèle qui le lui aurait fait entreprendre (1) ». Si ce rapport et ce supplément étaient datés, nous aurions pu savoir facilement lequel des membres du Tribunal était malade à cette époque-là, puisque les juges étaient astreints à se trouver au Tribunal tous les jours (sauf les jours fériés) et ne pouvaient s'en éloigner qu'avec une autorisation du Tribunal. Nous pensons, après avoir consulté le registre des délibérations du Tribunal, que le supplément n'est pas l'œuvre des commissaires, puisque aucun d'eux n'a obtenu de congé pour raison de santé pendant qu'ils s'occupaient de ce travail, et nous croyons au contraire qu'il est l'œuvre de Reypaillade ou bien de Derives, qui ont obtenu, le premier à la date du trois floréal an IX, le second à la date du cinq fructidor an IX, un congé de trois décades, le premier pour « se rendre chez lui s'y faire quelques remèdes propres à rétablir sa santé », le second pour un motif semblable (2).

(1) Fenet, t. IV, p. 589.

A noter également qu'il n'est point parlé du supplément dans les quelques lignes qui servent de préface au rapport et qui annoncent la division du rapport.

(2) « Du trois floréal an neuf de la République une et indivisible, le Tribunal d'Appel séant à Montpellier, assemblé dans la Chambre de Conseil. Présents les membres soussignés et le commissaire du Gouvernement : Le citoyen Perdrix, président, a dit que le Tribunal a été le témoin de l'indisposition grave du citoyen Reypaillade, un de ses membres, que le citoyen ayant besoin de faire des remèdes pour rétablir sa santé, il demande un congé de trois décades pour se rendre chez lui et y faire les remèdes nécessaires, à compter du cinq de ce mois. Le Tribunal, après avoir entendu le commissaire du Gouvernement, arrête qu'il accorde au citoyen Reypaillade un congé de trois décades à compter du cinq de ce mois, pour se rendre chez lui s'y faire les remèdes propres à rétablir sa santé et ont les membres présents et le commissaire signé. Perdrix, président, Carlenc, Albarel, Derives, Alloize, Rozier, E. Ribes, Giscard. » (*Registre des Délibérations du Tribunal d'Appel séant à Montpellier, feuillet 18 verso.*) Le même Reypaillade obtint un nouveau congé le sept messidor an IX. « Le citoyen Reypaillade,

En tous cas, les observations du Tribunal de Montpellier se divisent en trois paragraphes qui sont complétés par un supplément composé de deux parties distinctes. Dans le paragraphe premier le Tribunal de Montpellier a rédigé les « *observations succinctes sur toutes les dispositions particulières de Code civil qui en paraissent susceptibles* » ; ce sont surtout des observations de forme qu'il serait fastidieux d'étudier une à

un des membres, a dit qu'il vient d'être instruit que son père est tombé malade, que sa présence auprès de lui étant nécessaire, il prie le Tribunal de lui accorder un congé d'une décade pour se rendre auprès de son père. Le Tribunal, ouï le commissaire du Gouvernement, a délibéré d'accorder au citoyen Reypaillade un congé d'une décade pour se rendre auprès de son père : Perdrix, président, Ad. Rozier, Derives, Alboize, Carlenc, Giscard, Albarel, Ribes, Albisson. »

Le même registre porte au feuillet 24 *verso* la mention suivante se rapportant au congé du citoyen Derives : « Du cinq fructidor an neuf de la République....., etc.

» Le citoyen Derives a dit que depuis quelque temps sa santé étant fort dérangée, il a besoin d'aller chez lui pour faire quelques remèdes pour le rétablir, il prie en conséquence le Tribunal de lui accorder un congé de trois décades.

» Le Tribunal, ouï le commissaire du Gouvernement, a délibéré d'accorder au citoyen Derives un congé de trois décades et ont les membres présents signé : Perdrix, président, Carlenc, Reypaillade, Ad. Rozier, Alboize, Giscard, Albarel. »

A noter enfin que si le registre ne porte pas d'autres congés pour la période consacrée à l'examen du Code civil, l'un des membres de la Commission, le citoyen Ribes, a demandé un congé par suite de la maladie de sa femme, mais à un moment où le rapport avait sûrement été adressé au Ministre de la Justice, le premier germinal an X. Au surplus le supplément paraît écrit par un magistrat qui était effectivement malade *lui-même*. Cependant le supplément sur le Code rural, ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie, fait allusion aux usages des Pyrénées-Orientales, or le citoyen Ribes habitait les Pyrénées-Orientales (à Vinça) quand il fut nommé juge au Tribunal d'Appel de Montpellier. V. une lettre adressée au Préfet, lors de sa nomination. Arch. Dép., Série U.

une, que nous rapprocherons donc des autres paragraphes ou que nous synthétiserons; elles sont écrites, comme pendant une première lecture du projet par le magistrat qui réserve certains points pour un examen plus minutieux. Dans un paragraphe deuxième ce sont, au contraire, des « *observations plus développées sur les dispositions systématiques et les plus intéressantes du projet de Code civil* ». Ici la théorie juridique est analysée et disséquée; l'opinion du magistrat sur les théories proposées se manifeste. Le paragraphe troisième contient les « *observations générales sur l'ensemble du projet de Code civil et de ses dispositions* »; l'opinion du Tribunal sur le Code se dégage quand il l'a examiné à fond, et quand il le regarde dans son ensemble, dans son principe. C'est toute la philosophie du Tribunal de Montpellier sur la législation civile, en résumé et en raccourci, en termes brefs et nets. Et dans le supplément enfin, ce sont deux questions particulières : celle de la Dot et celle du Code rural qui sont approfondies, non plus par rapport au projet, mais telles qu'elles devraient être en législation. Plan logique en somme, que le Tribunal explique lui-même en préface de ses observations (1).

*
**

Ce plan dicte celui de notre étude : nous examinerons tout d'abord, d'une façon critique, les observations sur « *les dispositions systématiques* » ; ensuite nous montrerons, dans une autre partie, l'esprit des observations du Tribunal de Montpellier, en utilisant les résultats

(1) Fenet, t. IV, p. 419.

obtenus dans notre deuxième partie et en étudiant surtout les idées si intéressantes du § 3 du rapport. Notre conclusion, en synthétisant nos résultats, nous permettra de porter une appréciation générale sur l'œuvre du Tribunal de Montpellier et sur son influence (1).

(1) On a vu, soit dans notre introduction, soit dans cette première partie, dans le texte, ou dans les notes, les recherches que nous avons faites. Voici sans qu'il soit besoin de la justifier la méthode que nous avons suivie dans la recherche de nos documents :

A côté des ouvrages de l'époque nous avons voulu trouver les sources manuscrites et nous les avons cherchées là où la raison indiquait leur place : au *Conseil d'Etat*, puisqu'il s'agissait de la préparation du Code civil, qui occupa si longtemps cette assemblée, mais où les incendies de 1871 ont fait d'irréparables dégâts ; au *Ministère de la Justice*, où certains documents avaient été envoyés avant d'être remis pour la discussion, et où la circulaire du 12 germinal seule a été retrouvée, pour l'instant ; aux *Archives Nationales*, où ils avaient pu être versés après usage, mais où nous avons eu la surprise de constater qu'aucun papier de la Commission du Code civil n'avait été versé, alors que les papiers des Comités des assemblées révolutionnaires chargés de la réforme de la législation y étaient conservés ; au *Greffe de la Cour d'Appel de Montpellier*, où il était naturel d'y rencontrer une copie ou l'original des observations envoyées au Ministre de la Justice, ou les procès-verbaux de la Commission du Tribunal d'Appel, mais où nous n'avons vu que des registres très sommaires et point de documents en dehors de ceux qui se rapportent aux procès ; à la *Bibliothèque de la Cour d'Appel de Montpellier* qui à défaut du Greffe pouvait contenir ces documents mais qui nous est restée fermée, et qui ne les renferme pas davantage, paraît-il ; aux *Archives départementales de l'Hérault* et aux *Archives municipales de la Tour des Pins*, puisqu'il s'agissait d'histoire locale ; dans les *Bibliothèques des membres de la Commission* ; enfin dans les *principales Bibliothèques de Paris* (Bibliothèque Nationale, Cour de Cassation, Ordre des Avocats, Sénat, Chambre des Députés), et de *Montpellier* (de l'Université, de la Ville, de l'Ordre des Avocats, de la Société archéologique du département de l'Hérault).

Nous pensons — bien que notre travail soit certainement imparfait — avoir fait avancer d'un pas la question toute neuve qui se posait à nous, et avoir indiqué la marche à suivre dans de semblables études. Sans doute le plan que nous adoptons n'est pas immuable. Ce sera à chacun à trouver le sien pour dégager les idées intéressantes émises dans le rapport de la région qu'il étudiera, et pour aboutir à une conclusion pratique. Mais notre plan s'imposait : il était indiqué par celui du rapport du Tribunal de Montpellier.

DEUXIÈME PARTIE

LES OBSERVATIONS SUR LES DISPOSITIONS SYSTÉMATIQUES

Le Tribunal de Montpellier a formulé, dans le § 1^{er} de son rapport, des observations de détails, sous les articles du projet qui lui paraissaient appeler une modification de forme ou de fond, mais sans s'arrêter longuement à propos de chacune de ses propositions, soit parce qu'une contradiction entre deux articles a seulement besoin d'être signalée pour disparaître dans le projet définitif, soit parce qu'il n'y a pas à développer l'utilité des précisions dans la rédaction d'une loi. Il n'avait présenté sous les Titres, ou sous les Chapitres, aucune observation d'ensemble. C'est dans un deuxième paragraphe qu'il reprend les théories juridiques dont il n'a point parlé encore, ou sur lesquelles il a simplement fait des réserves de fond, tout en proposant des modifications de texte. C'est ce qu'il appelle formuler « des observa-

tions plus développées sur les dispositions systématiques et les plus intéressantes du projet de Code civil » (1).

L'examen critique de ces observations détaillées et du résultat auquel elles paraissent avoir abouti, constitue l'objet de notre première partie.

Le Tribunal de Montpellier détermine les dispositions sur lesquelles il entend faire porter ses observations, comme étant les plus importantes dans la société, et comme « tenant plus ou moins du système et de l'arbitraire ».

Autrement dit, le Tribunal de Montpellier doit, dans son § 2, étudier les théories juridiques les plus importantes, puisque, selon sa propre remarque, « tenir du système et de l'arbitraire », et avoir une importance particulière, sont « deux caractères » qui « pour l'ordinaire se réunissent dans les mêmes dispositions ».

Et, bien entendu, les systèmes qui vont être examinés par le Tribunal de Montpellier sont ceux-là seulement qui sont contraires à ses opinions ; telle théorie, celle du droit de propriété individuelle, par exemple, ne fait l'objet d'aucune observation. Le Tribunal ne pouvait pas écrire un cours de droit civil, ce n'était point sa tâche. Mais tout système tranché contrairement à la doctrine des magistrats de Montpellier sera analysé, critiqué, réfuté et une théorie différente sera indiquée, proposée, soutenue parfois dans de longs développements, toujours clairs, écrits dans une langue aussi concise que possible. Le Tribunal de Montpellier a jugé devoir présenter, pour remplir sa mission, des « développements particuliers » sur « les dispositions sur l'autorité maritale, la puissance paternelle avec les droits des

(1) Fenet, t. IV, p. 468.

enfants envers les pères, les tutelles et les interdictions, le divorce, les principes de l'acquisition et la restitution des fruits, sur la possession et la prescription, les hypothèques et les ventes forcées des immeubles, la communauté des biens et les droits des époux dans le contrat de mariage, les successions légitimes et les dispositions testamentaires ou donations entre vifs ou à cause de mort » (1).

Nous voyons donc que le Tribunal de Montpellier a laissé de côté peu de théories importantes. Et nous devinons ainsi, au seuil de notre étude, qu'il n'a pas voulu adresser des louanges à la commission de rédaction, mais plutôt lui offrir une véritable collaboration ; ce n'était pas un tribut de reconnaissance qu'il entendait apporter à la Commission par son travail, mais des matériaux pour l'œuvre législative à accomplir (2).

(1) Nous ne connaissons pas les raisons qui ont déterminé le Tribunal de Montpellier à suivre un ordre différent de celui du projet.

(2) Nous rapprocherons, logiquement, les appendices du rapport des observations présentées sur les mêmes dispositions. C'est ainsi que nous ne consacrerons qu'un seul chapitre aux régimes matrimoniaux, en étudiant le projet sur les dots (Fenet, t. IV, p. 538) avec la critique du régime de communauté de biens et des droits des époux présentée dans le § 2 (Fenet, t. IV, p. 493) ; de même nous étudierons le supplément sur le Code rural avec ce qui a été dit d'autre part sur le régime des eaux et sur les servitudes (Dans le § 1^{er} : Fenet, t. IV, p. 435, observations sur le Titre IV du Livre II « Des Servitudes »).

CHAPITRE PREMIER

Autorité maritale

I. — Sans l'avoir dit nettement, sans même prononcer le mot, les rédacteurs du projet de Code civil ont adopté le principe de l'autorité maritale qu'ils avaient trouvé dans l'Ancien Droit coutumier. On peut résumer les dispositions de la Section 1^{re} du Chapitre IV du Titre 5 du Livre 1^{er} qui s'y rapporte par les propositions suivantes (1) :

1^o La femme est obligée de demeurer avec son mari, partout où il juge à propos de résider ;

2^o La femme ne peut ester en jugement sans l'assistance de son mari, fût-elle marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens (Art. 65, § 1^{er}) ;

3^o La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, accepter une succession ou une donation sans le consentement de son mari (Art. 66, § 1^{er}) ;

4^o Si le mari ne peut pas ou ne veut pas donner son

(1) Fenet, t. II, p. 49.

autorisation ou son assistance, c'est au juge que la femme doit s'adresser.

Les rédacteurs de ce projet avaient voulu, si nous en croyons Portalis (1), en établissant cette incapacité de la femme mariée, appliquer à l'association conjugale la règle commune à toute société : qu'un associé a la voix pondérative, et ils avaient donné cet avantage au sexe qui leur avait paru le plus qualifié. C'était donc admettre, sans hésitation, cette idée de la France coutumière de la subordination nécessaire de la femme au mari, par suite de la suprématie naturelle de l'homme, ce que Pothier considérait comme tellement logique qu'il l'énonçait sans s'y arrêter, comme un axiome : « Le mariage, en formant une société entre le mari et la femme, *dont le mari est le chef*, donne au mari, *en qualité qu'il a de chef de cette société*, un droit de puissance sur la personne de la femme, qui s'étend aussi sur ses biens » (2), ou encore « la puissance du mari sur la personne de sa femme consiste, *par le droit naturel*, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur » (3).

Sans doute est-ce là très bien définir l'état du droit dans une grande partie de la France, à la fin du XVIII^e siècle, mais ce n'est point l'expliquer. C'est admettre un état de fait, comme devant être le droit, mais non le justifier. Et lorsque Pothier, cherchant la raison de l'autorisation maritale, écrit : « le besoin qu'a la femme de cette

(1) *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 486 : « L'autorité maritale est fondée sur la nécessité de donner, dans une société de deux individus, la voix pondérative à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué. »

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, article préliminaire.

(3) Pothier, *eod. loc.*, 1^{re} partie, art. 1^{er}.

autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison. car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation », il se contente de rappeler la puissance du mari : « La nécessité de l'autorisation du mari *n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui* » (1). Mais le fondement de cette puissance à laquelle il revient sans cesse, par laquelle il explique tout, il ne le recherche pas, il ne l'explique pas, il croit se dispenser de toute justification en lui trouvant sa raison d'être dans « le droit naturel » (2).

II. — Adopter dans un Code qui devait désormais régir toute la France un pareil principe ; consacrer des règles semblables en invoquant seulement la prééminence du sexe masculin, c'était, pour le Tribunal de Montpellier, un contre-sens juridique, une iniquité. Aussi reprend-il les deux idées implicitement contenues dans les disposi-

(1) Pothier, *ead. loc.*, n° 3.

(2) Domat, *Lois civiles*. Livre 1^{er}, t. X, Des Dots, p. 95, 1^{re} col. : « Les règles des dots ont leur fondement sur les principes naturels du lien du mariage, où le mari et la femme forment un seul tout dont le mari est le chef. Car c'est un effet de cette union, que la femme se mettant elle-même sous la puissance du mari, elle y mette aussi ses biens et qu'ils passent à l'usage de la société qu'ils forment ensemble (en note : Ces deux sortes d'engagements sont marqués et distingués dans le mariage de Tobie).

» Suivant ce principe, il serait naturel que tous les biens de la femme lui fussent dotaux, et qu'elle n'en eût point qui n'entrassent dans cette société, et dont le mari, qui en porte les charges, n'eût la jouissance. Mais l'usage a voulu que le mari n'ait pour dot que les biens qui lui sont donnés à ce titre, et si la femme ne donne pas en dot tous ses biens présents et à venir, mais seulement de certains biens, la dot sera bornée aux biens qui sont donnés sous ce nom : et les autres qui n'y sont pas compris seront paraphernaux. »

tions du projet : 1° Autorité ou puissance du mari sur la personne de sa femme ; 2° autorité ou puissance du mari sur tous les biens de sa femme, sous tous les régimes matrimoniaux.

Et tout d'abord il fait remarquer que l'autorité maritale « ne peut pas être l'effet naturel du mariage » (1), et, donnant un développement à sa pensée, il définit le mariage « le lien de deux êtres égaux et indépendants » d'où il s'ensuivra que ces deux êtres, une fois unis, ne pourront avoir que des droits et des devoirs réciproques. Comment admettre que de deux individus égaux et indépendants hier, l'un soit aujourd'hui le chef, l'autre le sujet, parce qu'ils sont unis ? Comment l'effet naturel du mariage pourrait-il être de soumettre la femme à son mari, comme le fait le projet, tout en prétendant admettre le principe des droits et des devoirs réciproques ?

Ce qui paraît le plus contradictoire, ce qui déconcerte vraiment l'esprit juridique, c'est de voir le mariage, institution dont le but est d'unir deux individus de sexes différents, produire des effets, non point seulement quant à la personne engagée, mais encore quant à ses biens. Plus loin, le Tribunal de Montpellier écrira : « l'union des personnes, ou, pour mieux dire, des volontés, n'a rien de commun avec la société des biens » (2). Car cette idée reviendra souvent sous la plume des magistrats de Montpellier ; c'est celle qu'ils développeront pour repousser l'adoption du régime de communauté légale : qu'on ne peut pas confondre les droits patrimoniaux et les droits personnels, sans donner à un acte, dont le but est de rendre communes deux existences, des conséquences

(1) Fenet, t. IV, p. 469.

(2) Fenet, t. IV, p. 493.

tout à fait inattendues. « Comment pourrait-il (le mari) avoir prise sur les biens de sa femme ? Ce ne peut pas être l'effet naturel de l'union conjugale, qui ne saurait embrasser le patrimoine des époux. Si ces biens entrent dans le domaine du mariage, la convention seule peut les y amener : ainsi, sans stipulation particulière, les biens des époux restent hors le contrat, et chacun est libre dans leur attribution et jouissance » (1). Le mariage est un contrat qui doit produire des effets quant à la personne seulement. Le sort des biens ne peut résulter que d'un contrat distinct et spécial. Le mariage éveille l'idée de l'union de deux individus de sexes différents, mais non celle d'une société de biens, non celle de la subordination d'un patrimoine à un autre, non celle de l'attribution de pouvoirs exorbitants d'un individu sur les biens d'un autre (2).

Et, non content de réfuter en droit la théorie de la Commission, le Tribunal de Montpellier veut montrer les dangers de son application pratique, en affirmant qu'elle éloigne la femme du mariage, puisqu'elle contre-carre sa volonté en lui interdisant de contracter ou d'ester en justice lorsqu'il s'agit de biens dont elle s'est expressément réservé la jouissance, « c'est-à-dire lorsqu'elle

(1) Fenet, t. IV, p. 469.

(2) Sous les art. 65 et 66 du Titre V du Livre 1^{er}, le Tribunal de Montpellier avait fait dans le § 1^{er} de son rapport des réserves quant à la notion adoptée par la commission du Code civil et s'exprimait déjà ainsi : « L'on ne voit pas pourquoi l'autorisation et le consentement du mari seraient nécessaires dans le cas où la femme est libre de ses biens, les droits n'étant pas alors réciproques entre elle et son mari. La femme mariée et libre de ses biens n'en peut-elle disposer, comme celle qui n'est point mariée ? » Et il rappelait cette observation sous les art. 69 et suivants visant l'interdiction, la minorité, la condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante, qui substituaient l'autorisation de justice à l'autorisation du mari (V: Fenet, t. IV, p. 426).

n'a pas voulu que son mari en profitât et ne se mêlât de leur administration » (1).

Recherchant ensuite, sans d'ailleurs la trouver, l'idée qui a conduit à une théorie à la fois aussi contraire aux principes juridiques que néfaste dans ses conséquences, le Tribunal de Montpellier demande si c'est « la présomption de l'incapacité de la femme mariée de gérer les affaires », mais il écarte d'un mot une telle présomption : « comme si les veuves et les femmes non mariées n'étaient pas dans le même cas de cette présomption d'incapacité ou de minorité ». Et il paraît considérer comme une injure pour la femme la méconnaissance de « l'aptitude des femmes pour les affaires ».

III. — Le Tribunal de Montpellier combat donc les deux idées contenues dans le principe de l'autorité maritale tel qu'il a été adopté par la Commission du Code civil. Mais, remarquons-le, il n'insiste pas sur l'obligation de donner à la femme une liberté d'allure et d'action égale à celle de son mari ; c'est dire qu'il ne repousse pas complètement l'autorité du mari sur la personne de sa femme, qu'il ne se refuse pas à reconnaître la nécessité de l'obéissance de la femme à son mari.

La théorie proposée par le Tribunal de Montpellier : « l'union des époux n'élève pas l'un au-dessus de l'autre ; elle est le lien de deux êtres égaux et indépendants qui ne peut produire que des droits et des devoirs réciproques », est sans doute très belle au point de vue philosophique, et au point de vue juridique très exacte. Mais

(1) Fenet, t. IV, p. 469.

l'observation du Tribunal de Montpellier est en défaut, puisque le Tribunal ne comprend pas que l'autorité maritale — l'autorité du mari sur la femme, l'obéissance de la femme à son mari — découle précisément de ce principe.

Qu'est-ce donc, en effet, que le mariage dans la pensée du législateur, sinon la loi qui va déterminer le père des enfants de la femme et sans laquelle la femme ne peut point prouver la paternité de ses enfants (1)? Mais alors si le mariage accorde à la femme un pareil pouvoir, cet état d'égalité et d'indépendance dans lequel les deux individus se trouvaient auparavant n'existe plus, et nécessairement il faut rétablir l'équilibre rompu. Le mariage créant ainsi la responsabilité du mari à laquelle la nature avait paru vouloir le soustraire, il faut, d'autre part, protéger le mari et limiter sa responsabilité en obligeant la femme à la fidélité, et en autorisant le mari à la vérifier et à l'imposer. Il n'est donc pas étonnant que la première manifestation du mariage, dans les périodes reculées de l'histoire, soit la peine de mort pour la femme adultère, et, quand la civilisation a adouci les mœurs, l'obéissance de la femme à son mari, l'autorité de ce dernier dans la société conjugale où il imposera à sa femme de demeurer avec lui et où il aura voix pondérative, en cas de désaccord entre les deux conjoints.

Ce fondement irréfutable de l'autorité maritale, rarement indiqué par les auteurs (2), a totalement échappé à

(1) Ce qui permettait à Brunetière de dire à Paul Hervieu, en répondant à son discours de réception à l'Académie Française, à propos de la *Loi de l'Homme* : « J'ai d'ailleurs toujours cru qu'on ne l'avait inventé (le mariage) que dans l'intérêt de la femme. La loi de l'homme est une précaution que l'homme a prise contre sa propre inconstance... »

(2) On le trouve indiqué par Vazeille dans son *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, 1825, t. I, n° 2 : « Comme

l'esprit critique des magistrats du Tribunal de Montpellier. Sans doute influencés par la pensée des rédacteurs du projet, qui ne paraissent pas avoir eu une notion exacte de cette théorie, ils ont donné à l'autorité maritale, comme unique fondement, suivant en cela de nombreux jurisconsultes ou philosophes, la suprématie naturelle de l'homme sur la femme, la force physique de l'homme et cette présomption que la nature dicte à la femme la soumission et accorde l'indépendance à l'homme. C'est pourquoi ils ont protesté, car il peut répugner à des magistrats d'admettre ce qui paraît être un privilège pour un sexe.

Mais, en y réfléchissant, on est bien forcé de reconnaître que, même en se plaçant sur ce terrain, l'autorité maritale se justifie. C'est pourquoi la protestation du Tribunal de Montpellier ne se poursuit pas sur ce point. Le Tribunal reconnaît la nécessité de donner au mari la suprématie. En effet, le mariage étant admis en législation, étant posé comme seule base possible de la société,

institution civile, le mariage a principalement pour objet de marquer un père aux enfants. La maternité se manifeste clairement ; mais la paternité reste enveloppée dans les secrets de la nature ; et, pour donner un père aux enfants, il était forcé de donner au mari la couche de sa femme comme une propriété qui n'est qu'à lui, *qu'il a le droit de surveiller et de défendre. Voilà déjà la dépendance de la femme et l'autorité du mari.* » Mais cet auteur n'insiste pas sur l'idée, il paraît même l'abandonner : quand il étudie l'autorité maritale au n° 287, il en trouve le fondement dans *la nature* qui « donne le pouvoir à l'homme et enseigne l'obéissance à la femme ». M. Morin, dans son cours de doctorat (1916-1917) sur *le Code civil et le Droit nouveau*, paraît donner implicitement à l'autorité maritale le fondement que nous venons d'indiquer. Cette idée paraît au contraire totalement échapper aux auteurs qui fondent l'autorité maritale sur la « prééminence » du sexe, comme Portalis, sur le droit naturel, comme Pothier ou Ferrière, sur l'aptitude de l'homme aux affaires, comme Boistel, etc... Cf. ce que dit Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre XXIII, chap. II : « L'obligation naturelle qu'a le père de nourrir ses enfants a fait établir le mariage, qui déclare celui qui doit remplir cette obligation. »

nous nous trouvons en présence d'une association de deux individus dont il faut régler les rapports. Et s'il est à souhaiter, s'il est évident que ce souhait se réalisera le plus souvent fort heureusement, que le gouvernement de cette association ait lieu par l'unanimité des associés, c'est-à-dire par l'accord complet et parfait des époux, il n'en est pas moins urgent de prévoir les conflits, de prévoir une « autorité sociale », car « aucune société ne peut marcher sans une direction, et il est de l'essence de toute société qu'il y ait marche en avant, ce que nous appelons *collaboration active*. Dans aucune société on ne peut sortir de l'embarras causé par le désaccord en disant que, faute d'entente, la société se dissoudra. Car se serait réduire la société au rôle d'une simple indivision passive, où la moindre divergence de vues rend toute action impossible. Mais ici, moins que partout ailleurs, pourrait-on proposer cette solution, puisque la société dont il s'agit est, par son essence, indissoluble » (1). Un chef doit donc être désigné par avance dont la volonté prévaudra, qui ne pourra pas céder son autorité. Et l'on ne peut méconnaître que les aptitudes différentes de l'homme et de la femme désignent le mari plus propre aux affaires, comme chef, la femme comme devant rester au foyer, dans l'impossibilité où elle se trouve de se mêler aux agitations du dehors sans de graves dangers. C'est ce que J. Simon résume en ces mots : « C'est la nature qui a fondé elle-même l'autorité du père de famille, comme père et comme époux. Si la loi politique intervenait dans les rapports de l'homme et de la femme unis en mariage, pour donner à la femme un partage égal dans l'autorité et dans la direction des affaires communes,

(1) Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, t. II, p. 93.

elle aurait le premier tort de créer l'anarchie dans cette petite société étroite, qui a plus qu'une autre besoin d'unité et de paix, et le tort plus grave de méconnaître les indications les plus évidentes de la nature qui a disposé la femme pour le dévouement et l'obéissance, l'homme pour l'autorité, pour l'action ; qui a donné à l'homme un corps de fer, un esprit résolu, une volonté ferme, qui en a fait, en un mot, le pourvoyeur, le gardien et le défenseur de la maison, tandis qu'elle a réservé pour la femme les grâces, la pudeur, les soins touchants de la piété domestique, la confiance, la crédulité, heureux apanage de la faiblesse. Il est évident que la constitution naturelle de la famille est aristocratique ; et tous les théoriciens qui ont voulu constituer la société à l'image de la famille ont abouti à une aristocratie. Leur principe est faux en ce que la famille est une association entre trois éléments différents et inégaux, et la société civile une association entre des éléments similaires. L'autorité doit donc être le fondement de la famille ; la liberté et l'égalité sont le fondement de l'ordre social » (1).

L'autorité du mari établie dans l'intérêt de la famille, il n'y a pas à craindre d'abus. Cet intérêt est un frein suffisant à son autorité pour les éviter. Si la femme doit « obéissance » au mari, celui-ci lui doit « protection ».

Si le Tribunal de Montpellier a raison de ne pas insister pour la suppression de la puissance du mari sur sa femme, en est-il de même lorsqu'il se refuse à reconnaître l'incapacité de la femme mariée ?

Certainement il va un peu loin en écrivant que « l'union

(1) J. Simon, *La liberté civile*, p. 41, cité par Boistel, *eod. loc.*, p. 94. Voir d'ailleurs dans Boistel un résumé des principales doctrines émises sur l'autorité maritale par Kant, Franck, Ahrens, Beaussire, etc.

conjugale ne saurait embrasser le patrimoine des époux ». Il convient de faire une réserve sur cette affirmation. Une union conjugale ne peut se poursuivre qu'autant que la vie commune est assurée, et forcément une partie du patrimoine de l'un des époux sera la propriété de l'autre et inversement : le mariage a toujours une répercussion sur le patrimoine des époux. Autrement dit, les patrimoines des époux ne sont plus indépendants du jour du mariage. Le Tribunal de Montpellier reconnaît d'ailleurs que par le fait de leur union les deux êtres, hier égaux et indépendants, sont maintenant dépendants l'un de l'autre, ayant des droits et des devoirs réciproques : « le mari, formulait l'art. 64 du projet, est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie », et le Tribunal de Montpellier demande que cette obligation soit réciproque (1) ; « les époux, stipulait l'art. 51 du projet, contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Et le Tribunal de Montpellier admet implicitement cette obligation des parents en insistant pour introduire dans le Code l'obligation de doter (2).

Mais la question véritable n'est pas celle de savoir si le mariage, par lui-même, place les deux époux dans un état d'interdépendance grevant le patrimoine de la femme d'obligations identiques à celles dont est grevé celui du mari, mais si le mariage place la femme dans un état d'incapacité dont son mari pourrait seul la relever, son patrimoine étant en fait sous l'exclusive administration de celui-ci. Sur ce point, le Tribunal de Montpellier est en désaccord fort net avec la commission.

(1) Fenet, t. IV, 426 (§ 1^{er} du rapport).

(2) V. l'observation présentée par le Tribunal de Montpellier dans le § 1^{er} de son Rapport sous l'art. 51 du projet. Fenet, t. IV, p. 425. Cf. chapitre II.

Ecartant nettement la théorie de la « *fragilitas sexus* » (1), le Tribunal de Montpellier ne veut admettre aucune incapacité pour la femme mariée. Il paraît s'en tenir à la théorie qui peu à peu s'était dégagée du droit romain et s'était imposée aux Parlements du Midi, de la capacité pour la femme de contracter sur ses biens non dotaux, sans autorisation de son mari.

À la fin du XVIII^e siècle, le droit coutumier, suivi par la commission, et le droit écrit étaient sur ce point nettement opposés. Si le principe du droit coutumier était l'incapacité de la femme mariée, comme dépendant corps et biens de son mari, le principe du droit méridional était la liberté pour la femme de disposer de ses biens non dotaux sans que son mari ait à le savoir. C'est ce que rapporte implicitement Serres dans ses *Institutes* à son titre *De his qui sui vel alieni juris sunt*, quand il écrit au paragraphe « *Quædam personæ sui juris sunt, quædam alieni juris subjectæ* » que dans les pays de droit écrit il n'y a plus sous la puissance d'un autre que les enfants de famille entièrement sous la puissance paternelle et quand il ajoute : « Mais, de plus, presque toutes les coutumes de ce royaume regardent les femmes mariées, comme étant, pour ainsi dire, sous la puissance de leurs maris : ce qui produit cet effet que durant le mariage une femme ne peut ni contracter, ni disposer, ni ester en jugement sans l'autorité et le consentement formel de son mari, ou de la justice à son refus » (2). Et Boutaric fait la même remarque et la même opposition (3).

(1) V. Fenet, t. IV, p. 469, « comme si les aptitudes des femmes pour les affaires pouvaient être méconnues ».

(2) Serres, *Les Institutions du Droit français*, Paris, 1753, p. 25 ; éd. de 1771, p. 20 (c'est à cette dernière édition que nous renverrons ordinairement).

(3) Boutaric, *Les Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le Droit français*, Toulouse, 1757, p. 30.

De même Ferrière, dans son *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, remarque une distinction entre le pouvoir du mari sur sa femme, qui est la conséquence du mariage qui même apparaît chez lui comme étant de l'essence du mariage (1), et de la puissance maritale qui est « un droit et une autorité que le mari acquiert sur sa femme et sur ses biens du jour du mariage » (2) : le pouvoir du mari, dont l'origine est dans la loi de Dieu, s'applique partout, mais non pas la puissance maritale : « En pays de droit écrit, dit-il (3), le mari a l'administration des biens dotaux de sa femme, mais non pas des parapher-naux. En pays coutumier, la puissance du mari est plus étendue ; il a l'administration de tous les biens de sa femme qui sont tous réputés dotaux. Les femmes ne peuvent s'y obliger sans être autorisées de leurs maris. L'obligation de la femme mariée sans autorisation est nulle et sans effet en toutes coutumes ; non seulement pendant le mariage, mais aussi après la dissolution d'icelui, tant à l'égard de son mari, que par rapport à elle-même, pour les biens situés même en pays où l'auto-risation n'est pas nécessaire. C'est aussi en conséquence de la puissance maritale qu'une femme mariée ne peut ester en justice sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice et ladite

(1) Notamment lorsqu'il écrit : « mari est celui qui est joint et uni à une femme par le sacrement du mariage, et qui en conséquence est le chef de la famille ; en sorte que sa femme lui doit être docile et attentive à plaire, en se soumettant de bon gré au pouvoir juste et légitime que les lois divines et humaines lui ont donné sur elle ». *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, éd. de 1769, V^o Mari.

(2) *Eod. loc.*, V^o Puissance maritale.

(3) *Eod. loc.*, V^o Puissance maritale.

séparation exécutée : ce qui a lieu tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier » (1).

C'était donc cette indépendance de la femme enseignée par Serres à Montpellier même (2), à Toulouse par Boutaric, par Julien à Aix, et rapportée par Ferrière, que le Tribunal de Montpellier considérait comme la notion exacte dont il demandait la consécration (3).

Quelle était la valeur de cette opinion ?

Elle était inspirée de cette idée que la femme est naturellement capable, et de ce principe que toute incapacité non fondée sur un intérêt d'ordre moral et d'ordre public est injuste et doit être rejetée par le législateur. Reste à savoir si les rédacteurs du projet ont obéi à un intérêt d'ordre moral et d'ordre public, ou bien ont cédé à un préjugé, comme le dit le Tribunal de Montpellier.

Sans doute on ne peut pas frapper la femme d'im-

(1) Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique* (1769). V^o Puissance maritale.

Cette différence entre le pays de coutumes et le pays de droit écrit est encore mentionnée par le même auteur au mot *Femme mariée*.

(2) V. encore dans Serres, *Institutions*, p. 25, 189, 190, 192, 487, 488 de l'édition de 1753. Bretonnier, *Recueil des principales questions de Droit*, Paris, 1753. p. 176 notamment.

(3) D'ailleurs le Tribunal de Montpellier ne s'est préoccupé que de l'autorité du mari. Il ne s'est jamais placé sur le terrain même de la capacité de la femme et n'a pas abordé la question du sénatus-consulte Velleïen, encore observé à la fin du XVIII^e siècle dans le midi de la France, à Montpellier en particulier nous dit d'Aigrefeuille (*Histoire de Montpellier*, t. II, p. 526, sous l'article 38 des statuts de Montpellier), et dans le ressort du Parlement de Toulouse, malgré l'Edit de 1606 et la prohibition édictée par la coutume de Toulouse. Voir à ce sujet Serres, *Institutions*, p. 393-394 (V. à la table V^o Velleyen). Bretonnier, *Questions de Droit*, p. 135 et sq. et sp. p. 138.

Le Tribunal de Montpellier désirait sans doute le voir abroger. D'ailleurs aurait-il pu concilier cette idée qu'il défendait énergiquement, que les femmes étaient parfaitement aptes aux affaires, avec cette autre idée qu'il faut leur permettre, chaque fois qu'elles s'engagent pour autrui, de se rétracter, car elles ont pu se tromper?

puissance dans les affaires civiles, car alors, suivant la remarque de Paul Gide (1), « en apprenant à l'homme à ne voir dans sa compagne qu'un être d'une nature inférieure incapable ou indigne de s'associer à lui dans les actes les plus sérieux et les intérêts les plus graves de l'existence, la loi flétrit au cœur de l'homme ce sentiment de respect pour la femme qui est la source pure et féconde où s'alimentent les vertus privées et les mœurs publiques. L'histoire tout entière en fait foi : à chaque pas nouveau qu'a fait la femme vers l'égalité civile, l'on a vu les mœurs publiques s'épurer ou s'adoucir. » Et en cela l'opinion du Tribunal de Montpellier est juste lorsqu'il conclut à l'aptitude des femmes pour les affaires. Mais nous regrettons qu'il n'ait point fait cette réserve que, d'une façon générale, il est à souhaiter que les affaires ne soient pas l'ambition des femmes, et cette autre que, d'une façon spéciale, le mariage doit précisément leur interdire cette ambition, et amener une certaine incapacité (2).

La gestion du patrimoine commun doit, sans doute, se faire par l'accord des deux époux. Mais, au cas de désaccord entre eux, le mari, qui est investi de l'autorité, décidera. Vis-à-vis des tiers, le mari doit être le seul représentant de la personnalité sociale. Les législations doivent poser en principe que le mari a seul le droit de

(1) Paul Gide, *Condition privée de la femme*, 2^e édition. p. 463.

(2) Il est à noter, en effet, que si l'on ne peut pas dénier aux femmes l'aptitude aux affaires, on ne peut les placer sur le même pied que les hommes; on ne peut pas s'empêcher de souhaiter que les femmes, tout en comprenant dans une certaine mesure les affaires, tout en pouvant les discuter avec les hommes, n'aient point pour désir, pour but, de s'en mêler, ce qui les obligerait, toujours, à désertier, plus ou moins, leurs devoirs; la nature ayant donné à l'homme et à la femme des devoirs spéciaux et des aptitudes différentes. Le mouvement féministe montre,

disposer des valeurs communes (1), la femme ne pouvant agir que comme son mandataire. Rosmini exprime ces idées en disant que le mari est *propriétaire absolu*, c'est-à-dire qu'il se comporte comme tel à l'égard de tout le monde, et la femme est *propriétaire relatif* ; elle est propriétaire (copropriétaire) relativement à son mari qui ne peut méconnaître ses droits dans les valeurs communes et avec qui elle partagera à la dissolution du mariage, mais elle ne l'est pas à l'égard des tiers, puisqu'elle ne peut pas traiter avec eux en qualité de propriétaire (2).

On peut être en partie d'accord avec le Tribunal de Montpellier, en souhaitant que le mari n'ait pas toujours sur les biens de sa femme, quel que soit le régime matrimonial adopté, un pouvoir trop étendu. Mais en souhaitant un régime de séparation de biens, avec communauté d'acquêts, lorsque les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, on se rapproche du but du mariage et on se conforme à sa nature ; en souhaitant un régime de séparation de biens absolue, comme le Tribunal de Montpellier le désire, on s'éloigne du but et on en méconnaît la nature (3). D'autre part, donner à la femme un pouvoir illimité sur ses biens lorsqu'elle est mariée sous le régime de la séparation, n'est-ce point rendre vaine, bien sou-

malheureusement, les dangers de cette « masculinisation » de la femme au point de vue social, et au point de vue de la moralité (abaissement du taux de la natalité, immoralité croissante, surtout dans les milieux féministes, etc.).

(1) Certaines garanties doivent cependant être prises pour qu'il n'en dispose pas contre les intérêts de sa femme ou de ses enfants.

(2) V. Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, t. II, p. 98, qui résume et analyse cette idée de Rosmini.

(3) Un régime de communauté universelle ne paraît pas très conforme au but du mariage, car les conjoints ont conservé certains devoirs extérieurs au ménage (envers leurs parents notamment).

vent, l'autorité maritale, en lui accordant une indépendance sans borne contre laquelle le mari ne pourrait lutter ? C'est pourquoi nous ne pensons pas, ayant admis le principe de l'autorité maritale, que l'observation du Tribunal de Montpellier soit exacte, lorsqu'il demande que la femme séparée puisse aliéner à titre onéreux et à titre gratuit ses biens réservés ; elle ne doit pouvoir en disposer que pour *les administrer librement*.

Mais il est évident que le mari devrait pouvoir, soit dans le contrat de mariage, soit postérieurement au mariage, donner à sa femme une autorisation générale levant son incapacité, *quant à l'administration de tous les biens communs, ou quant à celle de certains biens seulement*. L'incapacité de la femme doit, en effet, être un instrument d'autorité entre les mains du mari, juge de savoir s'il peut ou non laisser à sa femme l'administration de la fortune de la communauté (1).

IV. — Quelle a été la portée des observations du Tribunal de Montpellier ? Les discussions sur le titre du mariage n'ont pas été très longues. Sur le point particulier de l'autorité maritale aucune trace de discussion approfondie n'est parvenue jusqu'à nous.

C'est ainsi que les procès-verbaux du Conseil d'Etat ne mentionnent aucune observation sur le fondement et

(1) Nous ne croyons pas du tout d'ailleurs que le fait d'interdire à la femme mariée la libre disposition de ses biens puisse repousser du mariage les femmes, comme l'allègue le Tribunal de Montpellier ; les femmes sont en effet « par leur nature, assez portées au mariage, et les gains que la loi leur donne sur les biens de leur mari sont inutiles », disait Montesquieu. Les questions pécuniaires ne sont pas au premier rang dans les unions conjugales.

la nécessité de l'autorité maritale. Les mémoires de Thibaudeau rapportent simplement une objection faite par Cretet sur le mot « obéissance » : « Les lois l'ont-elles imposée ? » A quoi Napoléon répondit : « L'ange l'a dit à Adam et à Eve. On le prononçait en latin lors de la célébration du mariage, et la femme ne l'entendait pas. Ce mot-là est bon, pour Paris surtout, où les femmes se croient le droit de faire ce qu'elles veulent ; je ne dis pas que cela produise de l'effet sur toutes, mais enfin cela en produira sur quelques-unes. Les femmes ne s'occupent que de plaisir et de toilette. Si l'on ne vieillissait pas, je ne voudrais pas de femme. Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari ? Les femmes ont toujours ce mot à la bouche : « Vous voulez m'empêcher de voir qui me plaît ! » (1) Ce n'étaient sûrement pas les idées du Tribunal de Montpellier qui inspiraient Napoléon.

Le Tribunal, d'après les procès-verbaux publiés par Fenet, ne paraît pas avoir discuté la question lors de la communication officielle (2). Quant au rapport qui lui a été fait par le tribun Gillet, le 17 ventôse an XI, lors de la communication officielle, il est muet sur les raisons de cette autorité du mari et de l'obéissance de la femme. Il n'y fait allusion que pour y puiser la raison de l'incapacité de la femme de disposer de ses biens (3).

Portalis ne paraît pas non plus influencé par les opinions du Tribunal de Montpellier quand il présente le projet au Corps Législatif, quand, après avoir résumé la

(1) *Mémoires sur Consulat* de Thibaudeau, p. 435-436, cité par Fenet, t. IX, p. 72.

(2) Fenet, t. IX, p. 118, spécialement p. 125.

(3) Il aurait pu en parler en analysant l'intérêt de la société.

question en ces mots : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. — Voilà toute la morale des époux. — On a longtemps disputé sur la préférence ou l'égalité des deux sexes ; rien de plus vain que ces disputes » (1), il établit la raison du principe en constatant que les deux époux « égaux en certaines choses, ne sont pas comparables dans d'autres » (2) ; et loin d'être aveuglé, comme les magistrats de Montpellier, par l'égalité et l'indépendance des deux êtres qui s'unissent dans les liens du mariage, il est plutôt impressionné par la force physique de l'homme qui crée au sexe la « prééminence » sur laquelle il base le principe de l'autorité maritale : « la femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son corps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît au mari. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège ; et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. »

Boutteville qui soutint la discussion au Corps Législatif, parce qu'il appartenait aux pays de droit coutumier, comme il l'a dit lui-même, a trouvé si naturelle l'autorité du mari qu'il n'en a parlé que pour demander

(1) Fenet, t. IX, p. 118 ; spécialement p. 125.

(2) Fenet, t. IX, p. 178.

l'adoption de l'opinion de la Commission sur celle des pays de droit écrit et n'a point cherché le fondement de l'autorité maritale.

Quant au pouvoir du mari sur les biens de sa femme, on l'a présenté partout, au Conseil d'Etat, au Tribunal, au Corps Législatif, comme la conséquence du pouvoir du mari sur la personne de la femme.

Au Conseil d'Etat, Maleville a soutenu l'opinion des pays de droit écrit, mais sans succès (1). Le Conseil d'Etat, sur les remarques de Portalis et de Trousset, a admis que c'était un abus que de laisser à la femme la libre administration et disposition de ses paraphernaux, que le mari devait pouvoir surveiller la conservation des biens de son épouse ; et le projet n'a pas été modifié, le Tribunal se montrait d'ailleurs favorable à cette incapacité de la femme (2). Au Corps Législatif, c'est dans la puissance du mari sur sa femme que Portalis trouve la raison de l'incapacité de celle-ci (3). C'est ce que répétera au Tribunal le tribun Gillet, lors de la présentation officielle (4), et au Corps Législatif Boutteville, qui prétendra tout simplement (5) que « le droit laissé aux femmes, par les lois romaines, de ne se constituer en dot qu'une partie de leurs biens, et de se réserver la jouissance et la libre disposition du fonds même de leurs paraphernaux », doit être « jugé contraire à l'union conjugale et à celle de l'autorité du mari ».

La discussion a donc été toute déclamatoire sur ce point. Seules les observations présentées par les conseil-

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. I, p. 202.

(2) Fenet, t. IX, p. 125.

(3) Fenet, t. IX, p. 175.

(4) Fenet, t. IX, p. 194.

(5) Fenet, t. IX, p. 211.

lers d'Etat ont été motivées, mais on sent beaucoup trop encore la pensée secrète de chacun de donner la préférence à l'usage auquel il est habitué. La question ne paraît pas avoir été serrée de près (1). Et les réflexions de Napoléon qui ont peut-être produit beaucoup d'influence, mais qui ne sont pas toujours rapportées dans les procès-verbaux officiels (2), sont fondées sur l'idée bien arrêtée de donner la suprématie au mari, sans doute parce que le Premier Consul avait une opinion assez médiocre des femmes.

Ainsi a passé dans notre Code civil l'autorité maritale, puisée dans le droit coutumier, par des juristes qui ont vu à tort son unique fondement dans la force de l'homme et dans la faiblesse de la femme, ce qui la rendrait odieuse, et ce qui avait conduit le Tribunal de Montpellier à protester très fort au nom de la liberté individuelle.

Peut-être parce que le Tribunal de Montpellier a été en opposition trop nette avec la Commission, et parce qu'à la toute-puissance du mari, conçue par celle-ci, il a paru opposer l'indépendance absolue des deux époux, sa voix n'a eu aucun écho auprès du législateur.

(1) Notamment sur le fondement de l'autorité maritale.

(2) Voir les *Mémoires sur le Consulat* de Thibaudeau.

CHAPITRE II

Puissance paternelle et droits des enfants envers les pères

I. — L'art. 1^{er} du Titre VIII du Livre 1^{er} définissait ainsi la puissance paternelle : « La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage. »

Les dispositions des articles suivants réglementaient cette administration (1) et sanctionnaient cette surveillance par l'internement du mineur dans une maison de correction lorsque les parents avaient « des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant dont ils n'avaient pu réprimer les écarts ».

Le Chapitre III de ce Titre interdisait d'exhérer les

(1) Nous ne parlerons pas de l'administration des biens des mineurs puisque le Tribunal de Montpellier n'a fait aucune observation à son sujet.

enfants, mais autorisait le père ou la mère d'un enfant marié à léguer, par une disposition officieuse, aux descendants de cet enfant dissipateur l'entière propriété de sa portion héréditaire et à réduire ce dernier au simple usufruit de ladite portion.

Cette législation, bien qu'en réaction avec le droit individualiste des projets de Cambacérès, s'inspirait encore de ses idées en limitant le pouvoir des père et mère sur leurs enfants (1).

(1) Au sujet de la puissance paternelle, Cambacérès, dans ses différents projets, avait écrit : « La voix impérieuse de la raison s'est fait entendre ; elle a dit : *plus de puissance paternelle* ; c'est tromper la nature que d'établir ses droits par la contrainte. Surveillance et protection : voilà les droits des parents ; nourrir et élever, établir leurs enfants : voilà leurs devoirs. » (Rapport sur le 1^{er} Projet. Fenet, t. I, p. 5.) « Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, *formules de tyran, système ambitieux que la nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la tutelle paternelle en changeant la protection en domination, les devoirs en droits et l'amour en empire...* » (Rapport sur le 2^e Projet. Fenet, t. I, p. 102.) « *Trop longtemps on a regardé comme une puissance un devoir de protection, que la nature grava dans nos âmes...* Ce déplacement d'idées dut son origine à cette opinion longtemps accréditée, que l'homme peut appartenir à l'homme ; système atroce que les Romains modifièrent aux jours de leur urbanité et que nous proposons de renverser tout à fait, en réduisant les rapports entre les pères et les enfants à la douceur et aux bienfaits d'un côté, au respect et à la gratitude de l'autre. L'autorité du père et de la mère sur leurs enfants est dans son essence la même que celle du tuteur, elle en diffère un peu dans ses accidents (Discours préliminaire du 3^e Projet. Fenet, t. I, p. 150).

V. d'autre part une Adresse présentée à l'Assemblée Nationale pour demander que l'égalité des partages entre les enfants soit rétablie par un décret constitutionnel ; qu'une émancipation légale soit fixée, etc... : « Considérant que l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits serait absolument illusoire si on laissait subsister, d'aucune manière, ou la *puissance paternelle qui ôte aux fils de famille, après leur majorité, les droits les plus sacrés*, ou l'inégalité des partages, etc... » Cette même adresse demande cependant que les parents aient toujours la voie de l'exhérédation pour les causes énoncées et exprimées dans les anciennes ordonnances. Arch. Nat., Dxiv, 10. — Rapporté par Sagnac et Caron dans leur ouvrage sur le Comité des Droits féodaux, p. 643. Sur la puissance paternelle pendant la Révolution, V. Sagnac, *Législation civile de la Révolution*, p. 302, 352, 362.

II. — Mais si elle était en opposition avec le droit révolutionnaire parce qu'elle revenait au droit ancien, en accordant aux parents un certain pouvoir de contrainte sur leurs enfants, cette législation était en opposition tout aussi nette avec l'ancien droit méridional ou droit écrit.

Les juristes qui écrivaient, à la fin du XVIII^e siècle, le droit du Midi, Serres à Montpellier, Boutaric à Toulouse. Julien à Aix, sont unanimes, en effet, pour régler la puissance paternelle suivant le Code et les Novelles de Justinien, et pour la présenter avec les caractéristiques principales de la puissance paternelle romaine : incapacité perpétuelle des enfants de famille, nécessité d'une émancipation expresse, ou tacite, pour donner au fils de famille une capacité juridique, exhérédation toujours possible des enfants par leurs parents s'ils sont dans l'un des cas autorisés par la loi.

Serres notamment enseignait que l'on suivait dans le Languedoc les dernières lois des Romains qui ont réduit à certains chefs les effets de la puissance paternelle, « comme, par exemple, que le père a droit d'usufruit et de jouissance sur tous les biens adventifs de ses enfants, soit qu'ils leur soient échus par succession, ou qu'ils les aient acquis d'ailleurs ; que l'enfant de famille ne peut pas s'obliger civilement pour argent prêté ; que le père peut substituer à ses enfants pupilles... ; que les donations faites par les pères aux enfants qui sont sous leur puissance, quoique conçues entre vifs, peuvent être révoquées par les pères jusqu'à leur mort, à moins qu'elles n'aient été faites en contrat de mariage, étant considérées autrement comme des donations à cause de mort ; que la prescription ne court pas contre les enfants de famille, quoique majeurs pendant la vie de leur père,

pour les biens dont il a l'usufruit..., etc. » (1). Et commentant le § 3 *Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est; item, qui ex filio tuo* du Titre IX *De Patria potestate*, il établissait une différence entre le Droit écrit et le Droit coutumier. « Tout ce que Justinien enseigne dans ce paragraphe, est observé, excepté que dans les pays où le mariage émancipe, comme dans la plupart des pays Coutumiers, les enfants ne sauraient par conséquent être jamais en la puissance de leur ayeul, quand même la puissance paternelle y aurait lieu. Ce n'est que dans cette province et autres lieux où le mariage d'enfants ne produit pas leur émancipation, et que l'ayeul paternel a en effet sur les petits enfants, et autres descendants du côté mâle, la même puissance qu'il a sur ses propres enfants; on n'observe pas même en Languedoc les articles de la coutume de Toulouse et de celle de Montpellier, qui veulent que les enfants soient émancipés par leur mariage » (2). De sorte que l'enfant

(1) Serres, *Les Institutions du Droit français*, Livre I^{er}, Titre IX, p. 21.

(2) Serres, *eod. loc.*, p. 22. L'article visé du statut de Montpellier était l'art. LIII : « *Filius conjugatus aut filia maritata voluntate patris intelligitur emancipatus.* » Dans son *Explication des articles du Statut Municipal de la ville de Montpellier* (édition de 1758), Serres écrit sous cet article la note suivante : « Je ne rapporte ici cet article que pour l'intelligence du suivant : car il n'est plus observé, quoique Bretonnier sur Henrys, t. 2, liv. 5, quest. 18, édition de 1708, le mette au nombre de ceux qu'il dit être encore en usage dans cette ville; ainsi il est certain qu'à Montpellier, comme pays de droit écrit, le mariage n'émancipe pas les enfants, quoique mariés du consentement de leur père » (p. 99). Sous le même article du statut de Montpellier, d'Aigrefeuille, dans son *Histoire de Montpellier*, écrit la note suivante : « Cette ancienne coutume de Montpellier est observée encore aujourd'hui dans toute la France coutumière; mais par le tacite consentement des habitants de Montpellier et par la disposition des divers arrêts qui sont intervenus sur cette matière, le présent article n'y est plus observé. En quoi M. Escorbiac, en sa Bibliothèque tolosane, t. II, liv. 15, chap. 34, s'est trompé en mettant le présent article au nombre de ceux qui sont observés dans Montpellier. » (Edition de la Pijardière, 1877, t. II, p. 539.)

pouvait être toute sa vie sous la puissance de son père ou de son aïeul. Un fils était donc sous la puissance de son père, alors que ses propres enfants étaient *sui juris*, si l'aïeul les avait émancipés sans l'émanciper lui-même, comme l'indiquait le Titre XII du Livre I^{er} des *Institutions*.

Lorsque le père avait de justes causes de mécontentement vis-à-vis d'un enfant, il pouvait l'exhérer, totalement ou partiellement (1). Mais ces causes de mécontentement étaient limitées. Il y avait quinze causes d'exhérédation. La dernière résultait des ordonnances royales interdisant aux fils de se marier sans le consentement de leur père avant l'âge de 30 ans, et aux filles avant l'âge de 25 ans (2). Les autres étaient celles de la nouvelle 115, à laquelle Serres renvoyait, et Boutaric les rapportait (3).

(1) Serres, *Institutions*, p. 233. — Boutaric, dans le même sens, dans ses *Institutes*.

(2) Serres, *Institutions*, p. 233.

(3) « La première, si les enfants ont battu leur père ; la seconde, si les pères ont reçu de leurs enfants quelque injure atroce ; la troisième, si les pères ont été accusés par leurs enfants de quelque crime qui ne soit pas contre la personne du prince, ou contre l'Etat ; la quatrième, si les enfants ont eu société avec des gens qui commettent des maléfices pour en commettre avec eux ; la cinquième, si les enfants ont attenté à la vie de leur père par poison ou autrement ; la sixième, si les enfants ont eu commerce de débauche avec la femme ou la concubine de leur père ; la septième, si les enfants ont dénoncé leur père dans quelque affaire qui leur ait causé un préjudice notable ; la huitième, si les enfants ont laissé emprisonner leur père pour ne vouloir cautionner pour lui ; la neuvième, si les enfants ont voulu empêcher leur père de tester par des voies de fait ; la dixième, si les enfants se sont faits gladiateurs ou comédiens sans le consentement de leur père, si ce n'est que le père lui-même ne fût de cette profession ; la onzième, si une fille avant sa vingt-cinquième année mène une vie scandaleuse, ou se marie sans le consentement de son père ; la douzième, si, le père étant tombé en démence ou en fureur, les enfants ont négligé d'en avoir soin ; la treizième, si les enfants négligent de racheter leur père en captivité, et la

L'exhérédation des enfants devait être prononcée d'une façon expresse, sans doute parce que les enfants étaient sensés avoir un droit acquis à la succession de leurs parents. Si l'exhérédation n'avait pas eu lieu, il y avait prétérition : le testament était vicié.

Mais l'exhérédation pouvait avoir lieu soit dans un testament, soit dans un acte devant notaire. Cependant Serres faisait remarquer (1) sur ce point, qu'en pays de Droit écrit elle devait régulièrement avoir lieu dans un testament (2).

Seul le père (3) était juge de savoir s'il y avait lieu d'exhérer l'enfant ; celui-ci ne pouvait attaquer l'exhérédation que si elle avait été faite pour une cause non prévue par la novelle 115 ou les ordonnances royales sur le consentement des parents au mariage.

A cette puissance paternelle qui pouvait être perpétuelle et qui était fortement sanctionnée par le droit d'exhérer, on opposait le droit des enfants d'obtenir de leur père une dot ou établissement par mariage. Le

dernière, si le père étant catholique, ses enfants se font hérétiques. » A propos de cette dernière cause d'exhérédation il fait remarquer que, « depuis que Louis le Grand a réuni tous ses sujets dans le sein de l'Eglise, elle ne peut guère avoir lieu parmi nous ; avant la réunion, l'art. 26 de l'Edit de Nantes défendait d'y avoir égard ; mais cet Edit ayant été révoqué, il ne faut pas douter que, si le cas se présentait, on ne regardât le changement de religion comme une cause légitime d'exhérédation. » Boutaric, *Institutes*, Liv. II, Titre 18.

(1) Serres, *Institutions*, p. 232.

(2) S'il y avait eu réconciliation entre le père et les enfants exhérés, l'exhérédation tombait. Serres, *eod. loc.*

(3) La mère également pouvait exhérer ses enfants ainsi que cela ressort implicitement des développements donnés par Serres, *Institutions*, Liv. II, T. XVII : « Les mères, tout comme les pères, sont obligés les uns et les autres d'instituer leurs enfants en ce qu'ils leur laissent par leur testament ou de les exhérer avec expression d'une juste cause ;... Au surplus, un père ou une mère peuvent exhérer leurs enfants, lorsqu'il y a lieu, non seulement par un testament, mais encore par un acte passé par devant un notaire... »

père était même contraint à doter sa fille qui se mariait contre sa volonté (1).

III. — C'est sous l'influence de cette législation que le Tribunal de Montpellier fait son rapport sur le projet. Ce sont, en effet, ses trois caractéristiques qui se retrouvent dans ses observations : la première est atténuée, mais le Tribunal en maintient le principe ; la seconde est réclamée avec force, et la dernière est mise en avant par le Tribunal, pour limiter la puissance paternelle qu'il veut très forte.

Le premier point sur lequel insiste le Tribunal de Montpellier est la nécessité de maintenir, sinon toujours aussi rigoureuse, du moins toujours intacte en principe et toujours sanctionnée, l'autorité des parents sur les enfants (2). Pourquoi faire cesser tout effet de la puissance paternelle à la majorité ? « Si jusque-là elle a été un bienfait, elle devrait être ensuite un motif de reconnaissance, d'égards et de respect... ». De sorte que le père serait tout puissant pendant la minorité ; pendant la majorité ou après l'émancipation, l'enfant resterait « à l'ombre de l'autorité tutélaire » et devrait témoigner son respect à ses parents.

Seule l'exhérédation, « la foudre de l'exhérédation », maintiendrait les enfants dans cette obéissance et dans

(1) V. Serres, *Institutions*, L. I, Tit. X. Cf. plus bas, notre chapitre sur les Régimes matrimoniaux.

(2) V. plus loin la différence que nous ferons entre la *puissance* qui doit cesser totalement un jour, et l'*autorité* qui durera toujours, tout en s'affaiblissant constamment, et la critique que nous adresserons au Tribunal de ne pas avoir fait cette différence, tout au moins clairement.

ce respect. La disposition officieuse prévue par le projet — et qui est, en somme, une exhérédation adoucie (1) — ne suffit pas; ne pouvant s'appliquer qu'aux enfants prodigues et non à ceux qui sont « l'opprobre ou le tourment d'une famille et dont la conduite présente une chaîne de désordres et d'actions déshonorantes ». L'exhérédation est une mesure de contrainte à laquelle le Tribunal de Montpellier tient énormément, sur laquelle il insiste beaucoup : il en a parlé dans le § 1^{er} de son Rapport (2), il défend, dans le § 2, son idée avec des expressions énergiques, il en parlera encore à propos des Dispositions entre vifs et des testaments (3); et il écrit ces mots tristement vrais : « Il faudrait moins connaître l'homme pour ne pas sentir combien son intérêt doit le toucher. La peine ou la récompense sont le puissant ressort de ses actions, plus encore que l'amour de ses devoirs : on est le plus souvent ramené à ce sentiment par ces deux mobiles. »

Mais comme il ne faut point retomber dans les erreurs d'autrefois, et, abusant de l'exhérédation, rendre odieuse et tyrannique la puissance paternelle, le Tribunal de Montpellier apporte à la règle un tempérament, en accordant un pouvoir de contrôle au tribunal de famille qui jugerait si le cas prévu par le testament existe réellement (4). Pourquoi n'a-t-il pas limité les cas d'exhérédation ?

(1) Elle existait dans le droit ancien sous le nom d'exhérédation officieuse. V. Du Rousseaud de la Combe, *Recueil de Jurisp. civ. des Pays de Droit écrit*, V^e Exhérédation, section V.

(2) Fenet, t. IV, p. 429, observations sur l'art. 15 du Titre VIII du Livre 1^{er}.

(3) Fenet, t. IV, p. 508 sqq., sp. 512, 514, 515. Cf. chap. 10.

(4) « La loi doit déterminer et préciser les cas où l'exhérédation peut avoir lieu : un conseil de famille sera le jury qui établira l'existence du cas et le père sera le juge qui, en appliquant la loi, prononcera l'exhérédation. Il ne pourra être alors ni capricieux, ni injuste... » Fenet, t. IV, p. 471.

A ces droits des parents, la loi doit opposer, selon la doctrine du Tribunal de Montpellier, les droits des enfants, en mettant à la charge des parents l'obligation de nourrir et entretenir les enfants et aussi celle de leur procurer un établissement par mariage ou autrement : « L'établissement d'enfants est le complément de l'obligation des pères, et il tient lieu aux premiers des aliments que ceux-ci leur doivent, et qu'ils leur procurent, en effet, en les mettant à portée de se les procurer eux-mêmes (1). »

C'est là une raison tirée du droit naturel. En voici une autre tirée de l'intérêt de l'Etat : « Méconnaître cette obligation du père, c'est priver l'Etat de « mariages assortis (2) et de professions utiles (3). »

Ici encore le tribunal de famille interviendrait pour « éclairer la justice dans l'application des règles à établir à cet égard, tant contre le père qui méconnaîtrait un pareil devoir, que contre l'enfant qui chercherait à abuser de ses droits (4).

(1) Fenet, t. IV, p. 472. — Plus loin dans un supplément à son rapport on lit : « On a cru ici devoir rétablir en ce point les droits de la nature », à propos du projet sur les Dots présenté dans ce supplément. (Fenet, t. IV, p. 540.)

(2) Mariages assortis au point de vue pécuniaire? mariages assortis au point de vue condition sociale des deux époux? Le Tribunal n'en dit rien. Il est sans doute question des premiers. Et il est vrai qu'il faut souhaiter une certaine équivalence dans les apports des futurs conjoints. Les mariages entre personnes de rangs sociaux très différents étaient-ils assez fréquents quand le Tribunal écrivait ces mots pour qu'il ait fait allusion à leur danger? Est-ce une pensée aristocratique qui inspirait le Tribunal et voulait-il séparer la « bourgeoisie » et la « noblesse »?

(3) Même idée dans le supplément sur les dots : « La faveur du mariage en fait une nécessité politique, et l'intérêt des mœurs le commande au législateur. » Voir encore sur cette obligation de doter notre chapitre sur les Régimes matrimoniaux.

(4) Fenet, t. IV, p. 472.

Pourquoi donner à la puissance paternelle cette étendue et cette force ? Parce que son fondement est le même que celui de l'autorité sociale : « La puissance paternelle est dans la famille ce que le Gouvernement est dans la société... Si le maintien de l'ordre social dépend de la force du Gouvernement, le maintien de l'ordre domestique, ou le bonheur des familles, tient aussi à l'efficacité de la puissance paternelle (1). »

De la sorte ceux qui sont soumis à une telle puissance doivent obéissance en vertu du devoir qu'ils ont de tendre au but que doit se proposer le groupe : le bonheur collectif, et la peine que sanctionnera la désobéissance d'un membre du groupe sera de la nature de celle qui frappé un membre en faute de la société civile : elle sera avant tout exemplaire (2).

IV.— A l'origine de toute civilisation la famille constituait la société. Le fondement de la puissance paternelle a donc pu se confondre avec celui de l'autorité sociale : la nécessité d'avoir un chef pour mener à un but commun tous les membres du groupe. Et, la religion, plutôt que la force, attribuant cette autorité, il est naturel qu'elle fût perpétuelle et souveraine. Mais, quand la

(1) Fenet, t. IV. p. 470. Il ajoute : « La loi politique ne saurait donc lui donner trop de ressort, surtout dans les Etats libres où les mœurs sont le supplément des lois, et préparent l'obéissance. » L'histoire, cependant, montre que c'est sous la monarchie et sous les gouvernements despotiques que la puissance paternelle avait été renforcée, précisément pour introduire dans la nation le respect et l'habitude de l'autorité.

(2) « Peut-on douter qu'armée d'un tel pouvoir, la puissance paternelle

société se forme, la cité réclame le fils de famille. Le principe constitutif de la famille se modifie. La puissance paternelle a au-dessus d'elle la puissance sociale. Elle est donc toute différente. Elle n'est déjà plus souveraine puisque l'autorité sociale la limite. La famille s'efface devant la Cité, le plus grand groupe absorbe le plus petit. La famille doit libérer le fils que la cité réclame comme citoyen.

Dans une société formée la puissance paternelle n'est plus l'autorité sociale. Son fondement n'est plus le même.

Les conséquences du fondement donné à la puissance paternelle par le Tribunal de Montpellier risquent de détruire la liberté individuelle — pourtant si chère au Tribunal de Montpellier (1) — si la puissance est perpé-

n'obtienne de la crainte ce qu'elle ne peut pas toujours attendre de l'amour ? »
Fenet, t. IV, p. 471.

Note générale sur le § III.— Le Tribunal de Montpellier, en proposant sa théorie de la puissance paternelle et des droits des enfants envers les pères, a-t-il subi, uniquement, l'influence de la Jurisprudence et de la doctrine des Pays de Droit écrit ? En proposant une puissance paternelle semblable à l'autorité sociale, forte comme elle, n'a-t-il pas cru, au lendemain des essais de la Révolution, nécessaire d'opposer la doctrine des droits des parents à la doctrine des devoirs des parents qui était celle des projets de la Convention (V. les Projets de Cambacérès) : d'opposer la doctrine qui rattachait le fils au père et à la famille, à celle qui le déclarait libre de la puissance paternelle « formule de tyran » ? Sa théorie n'est-elle pas exprimée, ainsi, en réaction contre les théories de la Révolution ? — D'autre part, s'il est un partisan de l'exhérédation, n'est-ce point parce qu'il avait eu de nombreux exemples de désobéissance et d'insubordination des enfants vis-à-vis des parents, même avant la Révolution, lorsque les rapports entre père et fils étaient si froids que la vie de famille ne paraît pas avoir existé ? De semblables rapports aboutissaient forcément à l'indifférence et facilement à la haine du fils vis-à-vis de son père. Ce dernier a donc besoin d'une arme sévère, de « la foudre de l'exhérédation. »

(1) V. Chap. I sur l'autorité maritale, les observations du Tribunal, qui défend les droits des « deux êtres égaux et indépendants » qui se sont unis.

tuelle. C'est sans doute pour cela que le Tribunal a fait cette réserve, dans ses observations, qu'il fallait opposer aux droits des parents ceux des enfants (1), et il ne paraît pas aller aussi loin que le principe posé le voudrait, puisqu'il abandonne, tacitement, la perpétuité de la puissance paternelle, rompant avec la coutume de Montpellier, quand il admet l'émancipation par mariage, la majorité à vingt et un an (2). Mais il n'est pas moins vrai que la doctrine du Tribunal de Montpellier aboutit à cette conséquence que le père est seul juge de savoir si l'enfant peut ou non être émancipé (3).

De plus, la réciprocité qu'il veut établir entre les droits des enfants et ceux des parents ne nous paraît pas avoir un fondement solide et sérieux (4).

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de légitimer un semblable fondement et une telle conception de la puissance paternelle qui détruit la liberté individuelle.

(1) C'est toujours la théorie des droits et des devoirs réciproques trouvée dans le chapitre précédent.

(2) Il ne critique pas en effet l'art. 106 du titre IX dans son § 1^{er}, V. Fenet, t. IV, p. 432; il ne parle pas de la majorité et de l'émancipation dans ses observations sur la Puissance paternelle, si ce n'est pour demander qu'après la majorité le fils garde un sentiment de reconnaissance vis-à-vis de son père; ce qui est reconnaître implicitement que la puissance ne sera plus perpétuelle. Voir aussi ses observations sur les Tutelles. Cf. notre Chapitre III. V. Fenet, t. IV, p. 473.

(3) Une doctrine fait reposer la puissance paternelle sur l'intérêt de l'enfant. Elle n'aboutit pas, sans doute, à détruire ainsi la liberté de l'enfant, puisqu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être libre aussitôt qu'il est capable d'agir seul. Mais elle repose sur une idée fausse : l'intérêt de quiconque n'a jamais donné à une autre personne un droit quelconque; or la puissance paternelle est bien un droit, limité, c'est vrai, par des devoirs, mais c'est un droit quand même. Cette théorie, d'ailleurs, n'aboutit-elle pas à dire que celui qui se croit incapable d'exercer la puissance paternelle doit la céder à un autre, ou bien ne pas avoir d'enfants s'il ne croit pas pouvoir les élever convenablement?

(4) Sur quoi baser le *droit* de l'enfant à sa dot?

La puissance que le père a sur son enfant n'a-t-elle pas son origine dans ce fait brutal d'une prise de possession, d'ailleurs légitime puisque personne n'a encore pris cette possession ? S'il est absolument évident que le père ne peut pas prendre possession de la *personne* de l'enfant, il est également évident qu'il peut prendre possession de sa *nature*, la nature étant essentiellement susceptible d'appropriation puisqu'elle est justement destinée à entrer sous le domaine de la personne. Or pendant la minorité la personne n'a pas encore pris possession de la nature ; elle y tend, mais jusqu'à ce que l'enfant n'ait pas assumé la direction suprême le père, ou quiconque (1), peut prendre possession de cette nature (2).

En droit pur ce qui est en fait inoccupé dans la nature de l'enfant peut être l'objet d'une occupation par quiconque, à la condition de respecter la *personne* de l'enfant, les droits jusqu'alors acquis par elle sur la *nature* par le développement continu des facultés, et, bien entendu, la vocation préexistante de la personne à la domination suprême sur toute nature (3).

Ce droit général du père se manifeste par trois droits précis :

1° Droit de garder l'enfant près de lui, ou là où il pourra le plus facilement agir sur lui ;

(1) Le père (ou la mère, étant entendu que la puissance paternelle appartient en théorie à la mère autant qu'au père, et qu'elle n'est exercée par le père qu'en application des règles sur l'autorité maritale) plus que tout autre puisqu'il a un titre de plus qu'il tire de la génération.

(2) D'ailleurs la nature souple et docile de l'enfant s'accommode très bien de la direction d'autrui, et l'accepte instinctivement, la considère comme un bienfait. (V. Boistel, *Philos. du Droit*, t. I, p. 367.)

(3) Cette occupation a donc lieu lorsqu'une personne donnant des soins à l'enfant prend mission de diriger l'exercice de ses facultés encore

2° Droit d'éducation ;

3° Droit de puissance proprement dit, c'est-à-dire droit de diriger les actes juridiques de l'enfant entraînant un certain droit de correction.

Les droits du père sont donc essentiellement temporaires ; ils ont, dans le temps, « une limite naturelle, une limite infranchissable » : la majorité de l'enfant, c'est-à-dire l'âge où la *personne* de l'enfant a pris possession de sa *nature*.

Après cette époque le devoir de soumission n'existe plus. Il ne reste plus qu'un devoir de reconnaissance et de respect, de la part des enfants. Car si la puissance a disparu, l'autorité subsiste toujours. Cette autorité, tout à fait différente de la puissance, est basée uniquement sur le fait de la génération : l'enfant tient tout de ses parents (1).

Ce droit d'autorité tout en étant perpétuel va sans cesse en décroissant, à mesure que l'enfant est plus capable d'agir seul. Sanctionné par un droit de correction, qui devra toujours être employé dans l'intérêt de

sans maître, en le faisant dans l'intérêt de l'enfant. Et il s'agit bien d'un *droit*. On trouve dans l'occupation appliquée à la nature de l'enfant les éléments constitutifs du droit : le droit étant « une activité personnelle protégée par la loi morale, qui ordonne aux autres hommes de la respecter et autorise l'emploi de la force pour les y contraindre », tout droit se décompose en trois éléments : un *lien physique*, un *lien intellectuel*, un *lien moral*. Or ici le *lien physique* consiste dans le pouvoir du père de diriger les actes du jeune enfant ; le *lien intellectuel* résulte de l'utilité que le père adoptif entend retirer du pouvoir exercé sur l'enfant ; le *lien moral* existe puisque cette prise de possession est parfaitement licite. V. à ce sujet Boistel, *loc. cit.*, t. I, p. 369, 370, 371.

(1) L'autorité des parents constitue bien un droit, puisque les parents ont, en se mariant, le désir d'avoir des enfants et de voir en eux la reproduction et la perpétuation d'eux-mêmes. La *personne* de l'enfant ne pourra donc

l'enfant pour rétablir en lui le bien moral détruit (1), il est toujours limité par le principe de l'inviolabilité de la personne de l'enfant.

C'est ce droit d'autorité que le Tribunal de Montpellier a vu et qui paraît légitimer son observation quand il regrette que la majorité apporte un terme définitif à la puissance paternelle. Mais il n'a pas fait cette différence entre la puissance et l'autorité.

Remarquons enfin que le seul fait d'établir l'exhérédation comme peine, peut détruire une partie du respect dû au père. Il faut bien se garder de confondre le père avec le propriétaire. « Celui qui ne respecte son père que parce qu'il espère une plus forte part de succession, a dit Robespierre, celui-là est bien près d'attendre avec impatience le moment de la recueillir ; celui-là est bien près de haïr son père (2). »

V. — La théorie du Tribunal de Montpellier fut défendue au Conseil d'Etat par Maleville qui insista, tout particulièrement, pour le maintien de l'exhérédation

entrer en possession de sa *nature* que déduction faite des droits antérieurs des parents : jouir de la vie de leurs enfants, profiter même dans une certaine mesure de leur présence.

(1) De sorte qu'il ne paraît pas comprendre le droit d'exhérédation.

(2) Les observations du Tribunal de Montpellier ne méritent-elles pas une autre critique ? Le fonctionnement du Tribunal de famille, auquel il est fait allusion sans cesse pour l'application impartiale de ses idées sur l'exhérédation et sur l'action de dot, serait bien difficile et bien délicat. Il ne fonctionnerait que dans les familles désunies : ses membres n'auraient-ils pas de parti pris ? S'ils restaient impartiaux ne créeraient-ils pas de nouvelles querelles ?

comme sanction de la puissance paternelle (1), pendant les discussions du titre de la Puissance paternelle et du titre des Donations et Testaments. Ses expressions pourraient nous faire croire qu'il avait sous les yeux le rapport du Tribunal de Montpellier : « Pourquoi la loi assurerait-elle les mêmes droits à l'enfant dont la mauvaise conduite a abrégé les jours de son père, qu'à l'enfant qui ne lui a donné que des consolations ? (2) » « Les récompenses, ajoute-t-il, sont le ressort le plus puissant des actions des hommes, et le législateur ne serait pas sage qui croirait pouvoir les diriger uniquement par l'amour de leurs devoirs. » Il renvoie même nettement au rapport du Tribunal de Montpellier, en terminant : « L'enfant qui craindra l'exhérédation, dit l'un des Tribunaux d'appel, ne secouera pas le joug de l'obéissance, ou il y sera ramené, et il contractera les heureuses habitudes que forment les mœurs publiques et privées (3). »

Combattu par Tronchet qui mit en avant la transaction opérée entre le droit écrit et le droit coutumier, par la suppression de l'exhérédation et le maintien de la jouissance légale des biens des mineurs accordée au père (4), et qui fit remarquer que l'exhérédation n'était plus admissible que pour un bien petit nombre des

(1) Il parla aussi de l'usufruit des biens des enfants au profit du père. Le Tribunal de Montpellier, sur ce point, paraissait abandonner la théorie romaine et admettre celle du projet. Nous n'en examinerons donc pas la discussion — très courte —. Malaville a d'ailleurs lui-même abandonné la théorie romaine qui donnait au père la propriété des biens de ses enfants.

(2) Fenet, t. X, p. 481.

(3) Fenet, t. X, p. 482.

(4) Transaction boiteuse, puisqu'elle ne portait pas sur le même point. Il aurait mieux valu dire qu'elle consistait en ceci que l'exhérédation étant supprimée, on autorisait la disposition officieuse, qui était bien une exhérédation adoucie puisqu'elle portait sur tous les biens, même sur la réserve.

causes visées par l'ancien droit, il répliqua et insista fermement, invoquant non plus seulement l'autorité des Tribunaux du Midi, mais encore celle du Tribunal de Cassation partisan du maintien de l'exhérédation pour ce petit nombre de causes.

Malheureusement, le Premier Consul déplaça la question en disant le projet incomplet parce qu'il ne prenait pas l'enfant à sa naissance pour le suivre jusqu'à sa majorité (1) et la question fut ainsi enterrée. Au dernier moment, on retira du titre de la puissance paternelle le chapitre relatif à la disposition officieuse. Et lorsque l'art. 4 du projet sur les Donations et Testaments vint à la discussion, on aurait pu croire que le débat allait recommencer, mais une confusion se fit dans l'esprit du Premier Consul qui ne s'aperçut pas que la disposition officieuse ressemblait beaucoup plus à une exhérédation, puisqu'elle portait sur la réserve, qu'à une substitution, qui ne portait que sur la quotité disponible (2). On oublia tout à fait ce qu'était une disposition officieuse et une substitution, si bien qu'à la fin de la séance on demanda que la disposition officieuse ne pût porter que sur la quotité disponible ! En vain Treilhard rappela que c'était un non-sens que de parler de disposition officieuse à propos de biens disponibles : le Conseil d'Etat adopta la proposition de Berlier, et il fut décidé que la substitution ne porterait jamais sur la légitime et que la réduction du fils à l'usufruit ne porterait que sur les biens disponibles, qu'enfin la décision du père n'aurait plus besoin d'être motivée.

La disposition officieuse était ainsi complètement

(1) V. Fenet, t. X, p. 484.

(2) V. Fenet, t. XII, p. 265.

défigurée. Aussi Tronchet, à la séance du 14 pluviôse an XI, demanda que l'expression soit modifiée : « On a toujours entendu par disposition officieuse une disposition motivée, ce qu'on propose a toujours été une substitution » (1). De sorte que le Code ne parle point de disposition officieuse.

C'est toujours le Tribunal de Montpellier qui inspire Maleville lorsqu'il discute avec Boulaye qui a critiqué le terme de *puissance* paternelle. « Il importe en général, et surtout dans un Etat libre, de donner un grand ressort à la puissance paternelle, dit-il, parce que c'est d'elle que dépend principalement la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique... la puissance paternelle est la providence des familles, etc. » (2).

Le Tribunat paraissait partisan de la puissance paternelle (3) : son rapporteur, le tribun Vesin, écrivait que c'était « l'un des plus fermes liens de la société (4) », et son orateur au Corps législatif, Albisson, tout en critiquant la trop grande *potestas* du *pater familias*, faisait l'éloge du droit romain (5).

Le fondement de la puissance paternelle a d'ailleurs

(1) Fenet, t. XII, p. 292.

(2) Fenet, t. X, p. 486.

(3) Observations sur l'art. 7. Fenet, t. X, p. 503.

(4) Fenet, t. X, p. 524.

(5) « Si quelques-unes (parmi les coutumes) ont obtenu et mérité une réputation honorable, elles la doivent, ou aux lumières qu'elles empruntèrent de leur voisinage avec les provinces qui avaient conservé l'usage du Droit romain, ou à la résistance que l'énergie et le courage opposèrent dans leur territoire à l'invasion désastreuse du régime féodal. » Fenet, t. X, p. 539.

échappé au Tribunal. Albisson se rapprocha même de la doctrine du Tribunal de Montpellier (1).

Réal n'a pas entendu les plaintes du Tribunal de Montpellier, il s'est même montré un violent adversaire de la puissance paternelle : « La législation des Romains, a-t-il dit dans son discours au Corps législatif (2), si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte de l'une et de l'autre d'une manière bien étrange lorsqu'elle s'occupe de la puissance paternelle ; elle méconnaît alors et le droit naturel et le droit des gens et prend pour règles uniques ses institutions civiles. »

Quant au principe de l'obligation de doter, ce fut encore Maleville qui le défendit en invoquant l'autorité du Tribunal de Montpellier. Mais la réponse de Boulay : « l'action dont on parle était juste dans le droit romain : là le père était maître absolu de la personne et des biens de ses enfants ; tout étant contre eux, il fallait bien que ce droit rigoureux fût modifié par quelque tempérament », l'emporta et Réal, avec Tronchet, Raynaud (de St-Jean-d'Angely) et Portalis se rangèrent à son avis, malgré les paroles de Cambacérès qui trouvait bizarre de mettre toujours l'équité du côté des pères et l'injustice du côté des enfants, malgré l'insistance de Maleville invoquant Domat, malgré même l'opinion du Premier Consul qui assurait que le père devait des ali-

(1) Il est vrai qu'il était de la région ; c'était un ancien magistrat de Montpellier. Il le dira lui-même dans la discussion sur la communauté légale. Cf. plus bas notre chapitre sur les Régimes matrimoniaux.

(2) Fenet, t. X, p. 513.

ments à tous ses enfants et que cette obligation allait jusqu'à marier sa fille (1).

Au Corps législatif Portalis, dans l'exposé des motifs, résuma la discussion du Conseil d'Etat ; il répéta qu'il fallait donner la préférence à la jurisprudence coutumière « comme moins susceptible d'inconvénients et d'abus » et il montra, avec raison, que la puissance paternelle ayant singulièrement changé de caractère, il n'y avait pas lieu de donner aux enfants un pouvoir contre-balançant celui du père : « Cette puissance n'est plus ce qu'elle était. Il ne faut pas l'avilir après l'avoir affaiblie. Il ne faut pas conserver aux enfants les moyens d'attaque, quand on a dépouillé le pouvoir de ses moyens de défense (2). »

La question fut débattue au Tribunal et tranchée comme au Conseil d'Etat (3).

Les observations du Tribunal d'appel de Montpellier ont donc attiré l'attention de Maleville et des partisans du droit écrit. Elles ont été quelquefois défendues avec vigueur et quelquefois on y fit allusion comme à un document qui a de l'autorité.

Malgré cela elles ne furent pas entendues, en général. S'il faut regretter qu'une discussion approfondie sur l'exhérédation n'ait pas eu lieu, il ne faut pas regretter que les idées du Tribunal de Montpellier aient échoué sur ce point.

Il y avait cependant dans le rapport du Tribunal de

(1) Fenet, t. IX, p. 59-66.

(2) Fenet, t. IX, p. 175.

(3) Le tribun Gillet dans son discours affirma que la loi *Julia* accordait à la fille une action de dot parce que le père tirait de gros avantages de ses biens soumis à sa propriété. Fenet, t. IX, p. 192-193.

Montpellier une idée trop généreuse et trop exacte pour qu'elle ne passât point dans le projet définitif. Retenons donc son influence dans la rédaction de l'article placé en exergue du titre de la puissance paternelle : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

CHAPITRE III

Tutelles et Interdictions

I. — Le projet de Code du Gouvernement reproduisait à peu près textuellement les dispositions du projet de Jacqueminot (1).

L'article 2 du Titre de la minorité établissait en principe que la minorité se divisait en deux périodes : « dans la première le mineur, considéré comme absolument incapable de se conduire lui-même et de régir ses biens, est placé sous la garde et sous la direction d'un tuteur ; — dans la seconde, il recouvre la simple administration de ses biens et ne peut agir pour le surplus qu'avec l'assistance d'un curateur ». Mais, par la suite, le projet s'occupait seulement du tuteur et ne parlait plus du curateur (2).

(1) Fenet, t. I, p. 350 sqq.

(2) Sauf en ce qui concernait le curateur du *mineur émancipé*. D'ailleurs le projet ne fixait pas les limites de ces deux périodes de la minorité. Avait-il

Le projet divisait la tutelle en quatre espèces : 1^o la tutelle naturelle des père et mère, qui s'ouvrait par le décès de l'un des parents ; 2^o la tutelle déléguée par le dernier mourant des père et mère, avec cette condition que, le tuteur ainsi choisi devait être accepté par le conseil de famille ; 3^o la tutelle légitime de l'ascendant ; 4^o la tutelle conférée par le conseil de famille, quand il n'y avait pas d'ascendants. A ce sujet le projet réglait la composition et le fonctionnement du conseil de famille.

Le tuteur était forcé d'accepter la tutelle considérée comme une charge, à moins qu'il ne puisse invoquer à bon droit l'une des dispenses prévues par les articles 46 à 54. Il pouvait d'ailleurs être exclu, s'il était à craindre qu'il n'accomplisse pas sa tâche convenablement.

Les obligations du tuteur étaient celles d'administrer en bon père de famille les biens du mineur, et de surveiller la personne du mineur (1). Enfin le tuteur était tenu de rendre compte de sa gestion, chaque année, à deux membres du conseil de famille.

A l'âge de 18 ans, ou par son mariage, le mineur était émancipé de plein droit (art. 106), ce qui lui donnait la pleine administration de ses biens. Certains actes graves

l'intention de viser le mineur émancipé quand il parlait du mineur dans la seconde période de sa minorité et par conséquent du mineur ayant dix-huit ans révolus ? C'est peu probable puisqu'au Chapitre III du même titre, le projet dit que le mineur émancipé a la *pleine* administration de ses biens (art. 107) tandis qu'ici il ne parle que de la *simple* administration. L'art 2 est la copie de l'art. 2 du projet Jacqueminot. A propos du mineur émancipé le projet de Jacqueminot parlait de la *libre* administration. Mais ce projet ne parlait pas davantage du curateur du mineur de la deuxième période.

(1) Les art. 67 sqq. fixaient quelques règles sur l'administration et interdisaient notamment au tuteur d'aliéner les biens du mineur sans l'autorisation du conseil de famille, ni d'accepter ou de répudier une succession échue au mineur.

lui étaient interdits ou autorisés seulement avec l'assistance d'un curateur (1).

Le projet s'inspirait donc du droit romain qui avait connu cette division des tutelles en quatre espèces, — et du droit germanique qui avait créé l'institution du conseil de famille, passée ensuite dans notre droit coutumier français (2).

L'interdiction n'était prévue que pour celui qui était « dans un état d'imbécillité, de démence ou de fureur, soit que cet état habituel présente ou non des intervalles lucides » (3).

Le projet ne disait rien des prodigues, mais prévoyait un *conseil volontaire* pour « toute personne qui, sans avoir perdu l'usage total de sa raison, néanmoins, à cause de la faiblesse de son esprit et de ses facultés naturelles, craint de se trouver exposé à des surprises,

(1) Art. 110 : « Le mineur émancipé ne peut aliéner, engager et hypothéquer ses immeubles, ni disposer de ses biens meubles ou immeubles, par donations entre vifs, si ce n'est par contrat de mariage en faveur de la personne à laquelle il s'unit. — Il ne peut plaider pour action immobilière, soit en demandant soit en défendant, sans être autorisé par le conseil de famille qui lui donne un curateur pour l'assister au jugement. — A tous autres égards l'émancipé est assimilé au majeur. »

(2) A ce sujet voir Koenigswarter, *Rev. de légist. et de jurispr.*, 1842, p. 321 sqq. Notamment, p. 343 : « Le Code civil, quoiqu'il ait, en matière de tutelle, suivi les errements du Droit romain, a néanmoins conservé plusieurs dispositions importantes, qui sont autant de restes de l'ancien Droit germanique. De ce nombre est d'abord l'institution du conseil de de famille, que nous avons déjà indiquée chez les anciens Germains avant leur établissement dans les Gaules et qui, importée par eux, se transplantait à travers les phases du Droit français, de manière que la Révolution de 89 le trouva debout dans un nombre considérable de coutumes. Dans le Droit romain la famille n'intervenait pas dans le choix du tuteur ; c'étaient les magistrats seuls qui en étaient chargés. »

(3) Titre X du Livre 1^{er}, art. 4. Ce titre était consacré à la Majorité et à l'Interdiction.

et de se voir extorquer des actes qui entraîneraient sa ruine ou celle de ses enfants... » (1).

II. — Ces dispositions étaient en opposition avec la législation des pays de droit écrit, qui, en matière de tutelles, avaient abandonné le Code de Justinien.

Serres enseignait, en effet, ce principe que la tutelle se terminait à la puberté, pour donner naissance à la curatelle, avec cette conséquence que le tuteur s'occupait de la personne et des biens de l'impubère, tandis que le curateur s'occupait de ses biens seulement ; et cet autre principe que la tutelle était dative, contrairement au droit romain, et que, contrairement encore au droit romain, il existait dans les pays du Midi des conseils de famille ou « assemblées de parents » pour nommer le tuteur et surveiller sa gestion (2).

Sur l'application de ce dernier principe nous dirons seulement que le père pouvait cependant nommer un tuteur, dans son testament (3). L'usage s'était même

(1) Titre X, art. 40.

(2) Les assemblées de parents ou conseils de famille existaient donc à la fois en pays de Droit écrit et en pays coutumier. Il était, par suite, tout naturel que la nouvelle législation en prévoit l'existence et le fonctionnement. V. p. 108 et la note 2.

(3) La mère pouvait aussi désigner dans son testament un tuteur à ses enfants pupilles, qu'elle instituait ses héritiers « car le pouvoir de nommer un tuteur, disait Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre XIII, n'est pas attaché en France à la qualité de père, comme chez les Romains ; mais on n'a pas tant d'égard au choix fait par la mère ou par une autre personne, qu'à celui qui est fait par le père, et c'est toujours au juge à confirmer le tuteur s'il le juge à propos, de l'avis des parens : Voyez *Vinnius* sous le paragraphe 5 de ce titre, où il est dit que le tuteur donné par le père à ses enfants, même émancipés, devait être confirmé sans autre examen, et sans enquête des

établi en ce sens que ce tuteur ne demandait plus au conseil de famille de le confirmer, tant on avait l'habitude de respecter la volonté des parents. Le conseil de famille n'intervenait alors qu'au cas où le choix du père aurait été attaqué (1).

D'ailleurs la tutelle légale de la mère survivante était connue et la mère avait de droit la tutelle de ses enfants pupilles, au décès de son mari, à moins qu'elle ne fasse nommer un tuteur par l'assemblée des parents, conformément, nous dit Serres, à l'authentique *matri et aviae cod. quando mulier tutel. offic.* (2).

mœurs et des facultés du tuteur.— Au reste parmi nous cette enquête n'est jamais requise ni d'usage, et la nomination des parents assemblés, qui doit précéder la dation de tutelle, tient lieu sans contredit de cette enquête. »

(1) Voici comment fonctionnait ces assemblées de famille : « Les parents tant paternels que maternels, en nombre convenable, et en cas d'insuffisance les alliés ou même les voisins sont assignés devant le juge, en vertu d'une ordonnance sur requête, pour procéder à la nomination du tuteur, et ce à la requête du Roi, ou Fiscal, ou du parent qui poursuit la dation de tutelle ; s'ils obéissent à l'assignation et qu'ils se trouvent à l'assemblée, ils nomment un tuteur à la pluralité des voix en présence du juge ; sinon le juge ordonne que ceux qui sont présents feront cette nomination aux périls et risques même des défaillants ou absents, pour peine de leur contumace. — On peut dire au surplus que le juge devant lequel les parents ou alliés procèdent à la nomination d'un tuteur n'est pas obligé absolument de suivre leur choix ; mais je crois qu'alors le juge se rend aussi le premier responsable de la nomination qu'il fait du tuteur. » Sur tout ceci v. Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre XV.

(2) « Il faut cependant bien distinguer cette tutelle légitime ou légale que la mère exerce de plein droit, tandis qu'elle reste en viduité, d'avec celle qu'elle exerce, ou qu'elle continue d'exercer, lorsqu'elle s'est remariée ; il est vrai que la tutelle peut être déférée par le juge, sur l'avis des parents, à une mère remariée, lorsque loin d'y entrevoir du danger on y trouve un avantage pour le pupille du premier lit. » En effet en se remarquant une mère « se rend indigne de la tutelle de ses enfants et elle en doit être rejetée *ratione indignitatis potius quam incapacitatis* : c'est en effet contre l'esprit des Lois qu'une mère qui convole à des secondes noces puisse continuer la tutelle même légale de ses enfants du premier mariage. » Aussi une mère qui se remarrait sans avoir fait nommer un tuteur à ses enfants et sans avoir fait arrêter son compte de tutelle était soumise « aux mêmes peines à peu près

Le premier principe était spécial au droit du Midi et avait son origine dans le droit romain. La tutelle cessant à la puberté, le mineur devenait maître de sa personne, mais non de ses biens, de sorte qu'il fallait toujours un curateur au mineur plaidant en justice (1), sans cela le jugement rendu pouvait être « renversé » par le mineur « par la voie de la requête civile » (2). En ce qui concernait les contrats ou autres actes passés par le mineur, il suffisait que le mineur soit assisté d'un curateur qu'il nommait lui-même (3).

Contrairement au projet du Code, les prodigues faisaient, dans la législation des pays de droit écrit, l'objet de mesures tendant à empêcher les conséquences de leur prodigalité. Ils étaient, en somme, assimilés « aux fols, aux incurables, aux imbéciles et aux sourds et muets de naissance », et le juge leur nommait un

que les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil, en quoi on se conforme à la *Novelle 22. Cap. 40* » (privation de son augment de dot, légats et autres libéralités de son premier mari, en propriété ou en usufruit ; privation de son droit de succéder à ses enfants morts en pupillarité, voire à ses enfants du second mariage). V. Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre XV.

(1) « L'usage journalier est, en cette matière, que le juge nomme toujours pour curateur le Procureur qui occupe pour le mineur, auquel pour toute formalité on se contente de faire prêter serment en justice de bien défendre le mineur. » Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre XXIII.

(2) Art. 35 du Titre des Requêtes civiles de l'Ordonnance de 1667. Serres, *eod. loc.* Un mineur même devenu majeur durant l'instance pouvait attaquer l'arrêt rendu après sa majorité, pour cette seule raison qu'il n'avait pas de curateur.

(3) Mais il y avait une exception en ce qui concernait les donations : d'après Furgole, le curateur du mineur qui devait accepter la donation faite au mineur, au lieu d'être choisi par celui-ci, devait avoir été nommé par le juge, ou du moins avoir été confirmé par lui et avoir prêté serment devant lui. Cujas disait même, rapporte Serres, que les simples obligations personnelles contractées par le mineur sans curateur étaient valables ; seuls les contrats d'aliénation des biens immeubles leur étaient défendus.

curateur. Le jugement en leur donnant ce curateur leur interdisait l'administration de leurs biens (1). Cette interdiction n'intervenait d'ailleurs que sur la demande des proches parents du prodigue (2).

III. — C'est ce droit que le Tribunal de Montpellier préfère au projet. Ses observations portent sur trois points : division des tutelles en quatre espèces ; suppression de la distinction de la tutelle et de la curatelle ; suppression de l'interdiction des prodigues et insuffisance du conseil volontaire.

Le Tribunal de Montpellier invoque, en faveur du principe de la tutelle dative, tout d'abord, la complexité inutile du système proposé : « il est évident que cette division ne peut produire que confusion dans les dispositions relatives à chaque espèce ; et on ne devrait pas oublier que leur application est confiée aux juges de paix, souvent peu instruits dans les

(1) Tout acte passé par un prodigue pourvu d'un curateur était nul. On signifiait le jugement d'interdiction aux syndics des notaires.

(2) Les proches parents devaient, après s'être assemblés pour délibérer à ce sujet, présenter requête. L'état du prodigue devait être constaté, « car les questions d'état sont très importantes, elles exigent aussi *omni modam probationem*, c'est-à-dire qu'il faut joindre à l'assemblée des parents la preuve testimoniale ou enquête de la dissipation et mauvaise conduite des prodigues. » (Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre XXIII.)

Note générale sur le § II. — En renvoyant à Serres nous avons voulu renvoyer spécialement au Droit professé à Montpellier. Mais Serres parle ici, dans ses *Institutions*, du Droit écrit en général, et Boutaric, qui professait à Toulouse, enseignait les mêmes principes. Voir notamment dans ses *Institutes du Droit français* pour le principe de l'unité des tutelles : Liv. I, Tit. XIII. « Toutes les tutelles, dit-on communément, sont datives » ; avec l'exception de la tutelle légitime de la mère, Liv. I, Tit. XIII et Tit. XV, la distinction de la tutelle et de la curatelle : Tit. XXII et Tit. XXIII *passim* ; pour l'interdiction des prodigues, Titre XXIII.

campagnes » (1); ensuite l'avantage d'obtenir toujours l'avis du conseil de famille pour réparer, si besoin est, une erreur du père ou de la loi.

Analysant rapidement les différentes tutelles, le Tribunal montre qu'elles n'ont point de caractères distinctifs, que leur nature et leurs effets sont les mêmes. Quant à la tutelle naturelle du père ou de la mère, elle ne saurait concourir avec la puissance paternelle.

Mais il ne faut pas abandonner la théorie romaine, dit le Tribunal, quand elle distingue la tutelle de la curatelle. Il y a là une distinction « sage et indispensable », à introduire dans le Code, « que le projet n'admet pas, en confondant les choses les plus distinctes, les plus diverses et presque disparates » (2). L'autorité tutélaire doit remplacer l'autorité paternelle (3); le pupille n'a ni action, ni volonté (4). Mais une fois en âge de raisonner, son esprit et sa volonté affermis par l'âge, le mineur doit pouvoir agir seul dans certaines circonstances: « les fonctions du curateur ne viennent pour ainsi dire qu'à l'appui de l'usage que fait le mineur de sa raison et de son jugement dans la conduite de ses plus importantes affaires... L'intervention du curateur n'est nécessaire que pour les actes qui ne sont pas de pure administration... » (5).

(1) Fenet, t. IV, p. 473.

(2) Fenet, t. IV, p. 474 *in fine*.

(3) Et la puissance paternelle, également.

(4) Fenet, t. IV, p. 475.

(5) Sous l'art. 33 du Tit. XX, Liv. III du Projet qui stipulait que « la prescription ne court point contre les mineurs », le Tribunal de Montpellier fera cette observation: « Il faudrait distinguer le mineur pupille du mineur pubère; la prescription ne court pas contre le premier; elle court contre l'autre, qui néanmoins, dans les 10 ans à compter du jour de sa majorité, peut se faire restituer envers le temps qui a couru pendant sa minorité. »

D'ailleurs l'intérêt du mineur et celui du tuteur sont d'accord pour demander cette distinction : celui du mineur, puisque « l'avantage du mineur est ici évident en ce qu'il entre plus tôt dans l'administration de ses affaires » (1) ; celui du tuteur, puisque la tutelle est une charge (2).

Le Tribunal de Montpellier aurait pu ajouter que le droit naturel conduisait le législateur dans cette voie. La puissance tutélaire devant remplacer la puissance paternelle (3), doit, comme celle-ci, diminuer de jour en jour : les fonctions du tuteur ne peuvent donc pas être aussi étendues la veille de la majorité qu'au moment où elles prennent naissance. Il est naturel de les remplacer, quand le mineur atteint un certain âge, par les fonctions du curateur, car on peut toujours supposer que le père est, plus qu'aucun tuteur, capable de juger de l'autorité et de la puissance dont il doit user, et que si ses sentiments affectueux auraient fait naturellement diminuer la rigueur de ses droits légaux, il peut en être différemment pour le tuteur (4).

En ce qui concerne la prodigalité, le Tribunal de

(Fenet, t. IV, p. 465, § 1^{er} du Rapport.) On trouvera d'ailleurs d'autres applications de son idée dans son rapport.

(1) V. Fenet, t. IV, p. 476.

(2) « Dans ce système, conclut le Tribunal, tout est simple et conforme aux situations de l'âge », etc. V. Fenet, t. IV, p. 477. V. l'observation qu'il a présentée sur ce point dans le § 1^{er} de son rapport, sous l'art. 2 du Titre IX du Projet; Fenet, t. IV, p. 430.

(3) Le fondement de la puissance tutélaire est donc le même que celui de la puissance paternelle, soit qu'il s'agisse de la tutelle testamentaire, auquel cas le père a transmis son droit sur la nature de son enfant — qu'il tenait légitimement —, soit au cas de tutelle dative, auquel cas la tutelle appartient par prise de possession de la *nature* de l'enfant laissée sans maître, au conseil de famille, qui la remet à qui bon lui semble.

(4) Le devoir de respect et d'obéissance perpétuel dû aux parents n'existe

Montpellier critique, avec juste raison, l'omission grave du projet. « Certainement, dit-il, la prodigalité est un écueil bien plus dangereux que l'inexpérience du mineur pour la fortune et les biens qui doivent être régis et non dissipés ni dilapidés. L'inexpérience est rarement entreprenante ; et si elle n'encourage pas le mineur à acquérir, elle lui donne l'habitude de conserver. La prodigalité, au contraire, est toujours active pour dissiper et détruire le patrimoine qu'elle a reçu et non acquis » (1). Et rappelant la juste assimilation que les Romains avaient faite du prodigue et du fou, il montre l'insuffisance et l'inefficacité du projet, puisqu'il ne faut pas s'attendre à ce que le prodigue se donne un *conseil volontaire*, puisque aussi l'assistance de ce conseil n'est requise que pour les actes d'aliénation d'immeubles (2).

IV. — Le Projet fut modifié et celui qui fut soumis au Conseil d'Etat, tout en conservant les quatre tutelles, apportait cette modification en harmonie

plus en matière de tutelle puisqu'il apparaît bien plutôt comme la conséquence de la *génération*, que comme conséquence de la *puissance paternelle*. V. chap. II, p. 98.

(1) Fenet, t. IV, p. 477.

(2) Le Tribunal présente d'ailleurs une analyse des cas de prodigalité que la pratique peut offrir et montre comment le conseil volontaire, suffisant pour certains, ne le sera plus pour d'autres. Il invoque l'expérience qui « dispense ici d'entrer dans le détail, et elle justifie la sagesse de la mesure prise en pareil cas *par la loi du pays*, en interdisant l'administration entière des biens, tant pour cause de folie que pour cause de prodigalité ; mesure d'autant plus nécessaire que la conservation du patrimoine des familles en dépend, et qu'elle épargne plus d'un crime à la cupidité. » Fenet, t. IV, p. 479. V. encore ce qu'il avait dit dans le § 1^{er} de son rapport sous l'art. 8 du Titre 10 du Projet : il invoquait l'intérêt des femmes dont la dot était compromise par un mari prodigue. Fenet, t. IV, p. 432 et 433.

avec la doctrine du Tribunal de Montpellier (1), que ce n'était pas forcément l'ascendant qui était tuteur au décès des parents ; le dernier survivant des père et mère pouvait, même en présence d'ascendant, nommer un tuteur testamentaire.

Une modification bien plus importante était la transformation complète du Chapitre III : le conseil volontaire avait disparu pour faire place au conseil judiciaire (2).

Mais le projet nouveau paraissait hostile à la distinction demandée de la tutelle et de la curatelle, puisque la division de la minorité en deux périodes, théoriquement indiquée par l'art. 2 du premier projet, avait disparu.

Aucune discussion n'eut lieu sur ce point essentiel dans la doctrine du Tribunal de Montpellier.

Au cours de la discussion on s'efforça de montrer une transaction heureuse entre les deux principales législations de la France. Mais on ne montra pas toujours une connaissance très sûre du droit écrit : Huguet affirmait notamment que le projet avait puisé dans ce droit la tutelle légale des ascendants (3).

Les discussions furent plus longues au sujet de l'interdiction des prodigues que Maleville réclama avec insistance, suivant une fois de plus les observations du Tribunal de Montpellier (4). Malgré Portalis (5), qui se séparait un peu de la Commission de rédaction dont les dispositions étaient défendues plus fermement par

(1) Doctrine générale du Tribunal et observation particulière présentée sous l'art. 15 du titre IX du Projet, dans son § 1^{er}. Fenet, t. IV, p. 431.

(2) Fenet, t. X, p. 681.

(3) V. notamment Fenet, t. X, p. 649, 654.

(4) Fenet, t. X, p. 684.

(5) Fenet, t. X, p. 689.

Tronchet (1), malgré Cambacérès qui voulait un remède sérieux pour la prodigalité, l'interdiction ne fut point admise comme remède et Emmery résuma ainsi la discussion au Corps législatif : « On ne vous propose pas, législateurs, d'user à l'égard du prodigue du remède de l'interdiction. Il a paru qu'il suffisait de lui donner un conseil sans lequel il ne pourrait plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques » (2).

(1) Fenet, t. X, p. 688, notamment.

(2) Fenet, t. X, p. 715 *in fine*. — Lors de la discussion devant le corps législatif le tribun Tarrible s'exprima ainsi dans son discours : « La loi qui vous est présentée, moins sévère que les lois des peuples anciens, ne prononce pas de peine contre une passion qui peut n'être que l'effet d'une organisation malheureuse ; elle lui impose un frein : elle ne frappe pas ; elle n'avilit pas ; elle éclaire ; elle dirige. Elle donne au prodigue un conseil dont l'assistance lui est nécessaire pour agir, engager ou aliéner. — La voix du Tribunat ne s'est élevée que pour rendre hommage à la sagesse de cette disposition. Elle ne blesse pas les attributs de la propriété. Elle concilie avec l'intérêt public celui de la famille et celui du prodigue lui-même. » Fenet, t. X, p. 737.

CHAPITRE IV

Le Divorce

I.— Les rédacteurs du projet de Code civil ont considéré le mariage comme un véritable contrat naturel antérieur à toute législation civile ou religieuse (1). Lui donnant comme but la procréation et l'éducation des enfants, ils ont dû le proclamer « perpétuel par sa destination (2) ».

Mais les lois ne devant jamais être plus parfaites que les hommes à qui elles sont destinées ne peuvent les comporter, ils ont été contraints d'admettre sa dissolution par le divorce, après avoir consulté les mœurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la

(1) « Nous nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs, et que la religion a sanctifié. » Portalis, *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 483.

(2) *Ibid.*, Fenet, t. I, p. 485.

France (1). La liberté de conscience, d'ailleurs, ne paraissait pas permettre au législateur de proscrire le divorce, comme le faisait la religion catholique, contrairement aux règles d'autres confessions religieuses autorisées : « La loi civile peut fort bien, disait Portalis, dans la crainte des plus grands maux, ne pas user de coaction et de contrainte, pour obliger deux époux malheureux à demeurer réunis, ou à vivre dans un célibat forcé, aussi funeste aux mœurs qu'à la société (2). »

Mais les rédacteurs du projet, connaissant les abus de la loi de 1792, ont affirmé leur intention de restreindre dans les limites étroites la faculté de divorcer puisque « le vœu de la perpétuité dans le mariage » est le « vœu même de la nature ». Aussi pour opposer aux passions un frein salutaire et empêcher que « le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice de l'inconstance, ou qu'il ne devienne même l'objet de toutes les honteuses spéculations d'une basse avidité » (3), le projet écartait l'incompatibilité d'humeur, qui établissait « un libertinage pour ainsi dire régulier, menaçant de remplacer le mariage », de même que le consentement mutuel, le mariage n'apparaissant plus comme une société d'intérêt privé. Seul le divorce pour causes déterminées pouvait être admis : et l'art. 3 du Titre 6 du Livre 1^{er} énonçait ces causes (4).

(1) « N'oublions point qu'il ne s'agit pas de savoir si le divorce est bon en soi, mais s'il est convenable que les lois fassent intervenir le pouvoir co-actif dans une chose qui est naturellement si libre et à laquelle le cœur doit avoir tant de part. » *Ibid.*, Fenet, t. I, p. 490.

(2) Fenet, t. I, p. 491.

(3) Fenet, t. I, p. 492.

(4) C'était : Les sévices et mauvais traitements et la conduite habituelle de l'un des époux envers l'autre, qui rend à celui-ci la vie commune insupportable ; — la diffamation publique ; — l'abandonnement du mari par la femme,

Les rédacteurs de ce projet avaient donc rompu avec les principes auxquels conduisait l'individualisme exagéré des conventionnels, qui avaient transformé l'institution du mariage en un contrat dont la durée était celle de la volonté des conjoints. L'idée développée à trois reprises par Cambacérès que le divorce était fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice (1) était abandonnée. C'était celle

ou de la femme par le mari; — l'attentat d'un époux à la vie de l'autre; — l'adultère de la femme, accompagné d'un scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle; celui du mari qui tient sa concubine dans la maison commune. »

(1) Dans son *Rapport sur le premier Projet*, il disait : « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel; il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales; la volonté des époux en fait la substance; le changement de cette volonté en opère la dissolution; de là le principe du divorce, établissement salubre, longtemps repoussé de nos mœurs par l'effet d'une influence religieuse et qui deviendra plus utile par l'attention que nous avons eue de simplifier la procédure qu'il nécessite et d'abrégier les délais qu'il prescrit. » (Fenet, t. I, p. 4). Aussi l'art. 2 du Titre 2 de ce projet stipulait-il que : « Le mariage peut être dissous par la seule volonté persévérante d'un des époux. » (Fenet, t. I, p. 18). — Il maintenait le même principe dans le 2^e Projet, en écrivant dans son *Rapport* : « Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer. La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là le principe du divorce... Le divorce est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice. Le droit de liberté personnelle est le droit de disposer de soi. Il est juste qu'une union formée pour le bonheur de deux individus cesse dès que les deux individus, ou l'un d'eux, n'y trouvent plus le bonheur qu'on y a cherché. Qui pouvait exiger du cœur de l'homme qu'il reste attaché là où il ne se sent plus heureux ? » (Fenet, t. I, p. 104 sqq.). Aussi l'art. 52 du Projet était-il ainsi conçu : « Le divorce a lieu ou par le consentement mutuel des époux, ou par la volonté d'un seul. » (Fenet, t. I, p. 115). — Dans le *Discours préliminaire sur le troisième Projet du Code civil*, il développait la même idée : « L'indissolubilité n'est point une loi de la nature, elle ne saurait être une loi de la société coupable... Le divorce est en soit une institution sage, il est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice, sur le droit de liberté personnelle. » (Fenet, t. I, p. 157 sqq.), et les art. 326, 327, 328 du Projet établissaient le divorce par consentement mutuel, ou sur la demande de l'un des époux. (Fenet, t. I, p. 230 sqq.)

de Jacqueminot qui était adoptée (1) de sorte que le principe était l'indissolubilité du mariage et l'exception le divorce, alors que les conventionnels avaient vu dans le divorce le corollaire nécessaire du mariage.

Ce projet, tout en admettant le divorce, était donc en réaction avec les idées de la Révolution et avec la loi de 1792.

II. — Mais il n'était pas en harmonie avec les idées et les mœurs du midi de la France, puisque le Tribunal de Montpellier en fait une critique énergique en affirmant qu'il était contraire « à nos anciennes lois, nos usages et nos habitudes (2) ». Aussi, après avoir écrit que « la question du divorce agitée dans le Discours préliminaire du projet de Code paraît encore problématique sous le point de vue de ses avantages et de ses inconvénients ;

(1) Dans ses *Idées préliminaires sur le projet de Code*, Jacqueminot s'élevait contre la loi de 1792 et contre les idées qui y avaient conduit : il demandait que la nouvelle législation mette un terme « au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué ; à ces divorces qui nécessaires quelquefois sont toujours un mal et qui doivent par conséquent être assujettis à de lentes et nombreuses épreuves, précautions indispensables contre les conseils de l'humeur, de la légèreté, de la licence et des aveugles passions. » (Fenet, t. I, p. 331). Mais le projet lui-même, qui à la vérité n'a jamais été qu'une ébauche, ne parlait pas du divorce. On y trouvait seulement l'allusion suivante à l'art. 2 du Titre I^{er} du mariage : « Le mariage est un contrat privé entre deux individus de sexes différents dont la durée est, dans leur intention, celle de la vie de l'un d'eux ; le contrat peut néanmoins être résolu avant la mort de l'un des époux dans le cas ou pour les causes déterminées par la loi, » que précisait l'art. 67 : « Le mariage se dissout... 2° par le divorce légalement prononcé ; 3° par la condamnation contradictoire ou devenue définitive de l'un des deux époux à une peine emportant la mort civile. » (Fenet, t. I, p. 333 et 342).

(2) Fenet, t. IV, p. 479.

mais qu'elle présente moins de doute sous le simple rapport du vœu de la perpétuité du mariage, qui forme l'essence de ce contrat ; qu'on pourrait dire qu'elle serait décidée, si elle devait l'être, par la considération de nos mœurs, de nos habitudes et des idées reçues parmi nous », le Tribunal développe cette dernière idée seulement, en faisant valoir que le peuple français s'est trop longtemps familiarisé avec la doctrine catholique pour avoir une idée favorable du divorce. Et c'est pourquoi il s'élève contre la théorie qui place la faculté de divorcer entre la liberté naturelle de l'homme et le libre exercice des religions, et il critique ainsi l'idée de Portalis (1).

Toute la question est de savoir si le divorce s'adapte aux mœurs du pays. Portalis avait dit oui, tout en affirmant que le divorce n'était pas une institution du droit naturel ; le Tribunal de Montpellier dit que non, tout en concédant que les principes rigoureux peuvent y aboutir.

Désormais le Tribunal s'efforce de prouver que le dogme catholique, ayant jeté dans le cœur et dans l'esprit des Français « les plus profondes racines », dominant leur raison, subsiste par ses effets, bien qu'il ait cessé d'être le seul reconnu. Les mœurs condamnent donc le divorce : « Les mœurs seront opposées aux lois ; le mépris et l'indignation vengeront les premières de l'outrage qu'elles recevront de celles-ci ; et tel sera le choc des principes qui gouverneront les Français, de l'opinion et de la loi (2). »

Aussi le Tribunal demande-t-il la séparation de corps

(1) Soutenue dans le Discours préliminaire, reprise-ensuite au Conseil d'État, comme nous le verrons plus loin.

(2) Fenet, t. IV, p. 480.

pour ces époux malheureux. Admettre dans le Code le divorce et non la séparation de corps, c'est obliger celui qui a des scrupules religieux à braver l'opinion (1).

Et s'il faut admettre aussi le divorce, que ce soit dans deux cas seulement : l'attentat d'un époux à la vie de l'autre, ou l'adultère, avec cette réserve, cependant, que le divorce ne pourrait pas être prononcé lorsque se présenteraient certaines circonstances tirées de l'âge, de la moralité, de la religion des époux, de l'existence des enfants, « gage infortuné d'une union qui ne doit pas être dissoute pour faire place à une autre qui leur serait si funeste ».

Enfin dans aucun cas, sous aucun prétexte le divorce ne saurait jamais attaquer les unions contractées sous l'empire des lois anciennes qui le proscrivaient (2).

Le Tribunal de Montpellier légitime son système en résumant ainsi ses avantages : « On pourvoit mieux à l'intérêt des enfants (3) ; on choque moins les idées reçues ; on laisse aux époux la possibilité et l'espoir d'un retour réciproque, et le mérite de l'accorder et de l'obtenir ; enfin telle victime est arrachée au malheur en obtenant la séparation, qui n'oserait pas provoquer le divorce. »

Même si le divorce est admis, pour les deux cas

(1) « C'est ainsi que la faculté du divorce devient une nécessité de divorcer pour les époux mêmes qui abhorrent ce genre de dissolution du nœud conjugal. Que la loi cesse donc de les mettre ainsi aux prises, avec leur croyance et avec l'opinion, et qu'elle leur restitue la faculté de réclamer la séparation de corps et de biens ! » Fenet, t. IV, p. 482.

(2) Fenet, t. IV, p. 483.

(3) C'est tout ce que le Tribunal dit des inconvénients du divorce. Cf. Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XVI, chapitre XV : « Le divorce a ordinairement une grande utilité politique ; et quant à l'utilité civile, il est établi par le mari et par la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfants. »

indiqués plus haut, « il sera toujours envisagé comme un moyen violent et odieux qu'il faut renfermer dans les plus étroites bornes », car « nulle considération politique, pas même le besoin de la population, ne fait à la loi civile une nécessité de le favoriser » (1).

En considération des mœurs et en s'appuyant sur le droit ancien le Tribunal de Montpellier se prononce donc nettement contre le divorce. Mais sa discussion est un peu confuse, ou, pour mieux dire, incomplète, puisqu'il ne paraît avoir voulu discuter que ce seul argument, placé au premier plan par Portalis (2), de l'obligation pour le législateur d'admettre le divorce, dans un pays où le dogme catholique n'est pas le seul autorisé. Il abandonne la discussion beaucoup plus intéressante et complète qu'il avait annoncée ; il ne montre pas les nombreux inconvénients du divorce, à côté de ses avantages, il ne recherche plus si le droit naturel admet ou non le divorce. Il croit suffisant, pour faire repousser le principe du divorce, d'envisager la question sous le seul rapport des mœurs, des habitudes et des idées reçues dans le pays (3).

Le Tribunal de Montpellier indique par là que la grande loi sur le divorce de 1792, qui avait donné lieu à tant d'abus, qui a été si souvent critiquée, sur l'application de laquelle on a porté un jugement d'ensemble en l'accusant d'avoir multiplié le nombre des divorces dans

(1) Fenet, t. IV, p. 483. Cf. *contra* Montesquieu, cité p. 123, note 3.

(2) Sans doute parce que les idées de la Convention étaient absolument contraires, et parce que c'était contre les partisans de la loi de 1792 que Portalis luttait.

(3) « On pourrait dire qu'elle serait décidée (la question du divorce) si elle devait l'être par la considération de nos mœurs, de nos habitudes, et des idées reçues parmi nous. »

la France entière (1), ne se serait pas appliquée dans la région et n'aurait touché qu'exceptionnellement au droit en usage, depuis longtemps sanctionné par les mœurs, c'est-à-dire à la législation du Concile de Trente commune à toute la France, les pays de droit écrit n'ayant pas suivi, sur ce point, la législation romaine et n'ayant considéré les causes de divorce du Code que comme susceptibles de faire prononcer la séparation de corps des époux (2).

Bien que Cambon, député de Montpellier à la Convention, ait été partisan du divorce et se soit fait applaudir en demandant le vote rapide de la loi sur le divorce, bien qu'il ait paru émettre l'opinion de ses électeurs (3), la loi de 1792 n'avait pas pénétré dans les mœurs de la

(1) Le divorce, s'il a été appliqué partout, n'a-t-il pas fait fureur seulement, à Paris ou dans les très grandes villes ? — D'une façon générale, les lois de la Révolution n'ont-elles pas mis beaucoup plus de temps à s'introduire dans la province qu'à Paris ?

(2) Serres dit que la définition du mariage donné par Justinien comme étant « la conjonction d'un homme et d'une femme unis d'un lien indissoluble durant toute leur vie » convient aux mœurs de son époque « puisque, selon le Concile de Trente, *Sess. 24*, le mariage, étant une fois valablement contracté, est indissoluble, pour quelque cause que ce puisse être, même pour l'adultère de la femme », et il ajoute qu'il n'en était pas de même chez les Romains où les mariages pouvaient être dissous « par les causes marquées par la loi *consensu cod. de repudiis*, lesquelles parmi nous ne peuvent servir tout au plus qu'à faire ordonner une séparation de corps pour un certain temps, sans donner la moindre atteinte au sacrement du mariage ». *Institutions*, sous le titre IX *De patria potestate*, au § *Nuptiae*. — V. même doctrine dans Boutaric, *Institutes*, Liv. I, Titre IX, qui d'ailleurs combat cette doctrine comme contraire à l'Évangile de saint Mathieu, XIX, qui admettait le divorce pour cause d'adultère. — Julien, *Éléments de jurisprudence*, liv. I, t. II, Du Mariage, confirme la doctrine de Serres.

(3) « Depuis longtemps l'opinion publique est formée sur la question qui nous occupe ; il n'est aucun citoyen, ami de la liberté et de l'égalité, qui puisse s'opposer au divorce qu'on vous propose. Je vais plus loin : le divorce est établi dans la déclaration des droits ; il en est une conséquence nécessaire..., etc. » A. P. 1^{re} série, t. XI, p. 117. Notons qu'aucun cahier de la région n'avait demandé le divorce.

région de Montpellier, semble-t-il. En effet, à Montpellier même, le nombre des divorces a toujours été infime, comparé au nombre des mariages : 44 contre 408 en l'an III, 20 contre 291 en l'an IV, 8 contre 164 en l'an VIII (1); et la population rurale a témoigné la même hostilité à cette législation, puisqu'en l'an IV nous n'avons relevé que 7 divorces, pour 1013 mariages, dans 156 communes du département de l'Hérault, et sur ces 7 divorces, 2 seulement avaient été prononcés pour incompatibilité d'humeur (2).

(1) An III : Divorces : 44; Mariages : 408.

An IV	»	20	»	291
An V	»	24	»	266
An VI	»	19	»	301
An VII	»	11	»	240
An VIII	»	8	»	164
An IX	»	14	»	182
An X	»	9	»	276
An XI	»	9	»	267
An XII	»	3	»	262
An XIII	»	3	»	236

Nous donnons cette statistique jusqu'à l'an XIII, mais il convient de remarquer que le Tribunal écrivait en l'an VIII.

(2) Il serait intéressant de connaître le nombre des divorces prononcés dès la promulgation de la loi de 1792. Mais nous n'avons trouvé dans les registres de l'état civil à Montpellier aucun relevé, aucune table des divorces. Il existe bien dans le *Régistre des mariages et divorces* du 1^{er} janvier 1793 au dernier jour complémentaire de l'an II, une table par noms de personnes, mais elle n'indique pas s'il s'agit d'un acte de mariage ou de divorce. Nous n'avons pas eu le temps, pour un ouvrage comme celui-ci, où la question se pose incidemment, de faire nous-même un relevé des divorces pendant cette période. Nous avons donc utilisé seulement les renseignements trouvés dans les registres de l'an III à l'an XIII qui portent un relevé mensuel du nombre des mariages et du nombre des divorces. — Aux Archives départementales nous avons dépouillé les 3 cartons (L $\frac{1}{h}$ — $\frac{M}{9}$ 503, 505, 506) contenant les *tableaux des naissances, mariages, divorces et décès dressés par les municipalités*. Nous n'avons trouvé que ces 3 cartons s'y rapportant. Ils ne contiennent d'ailleurs des renseignements que pour l'an IV et pour 156 communes. — V. Bibliographie.

D'ailleurs le Tribunal de Montpellier, dans sa certitude de convaincre le législateur en lui témoignant la répugnance du pays pour le divorce, commet une erreur, et se met en contradiction avec lui-même. Partant d'une idée juste, il avait écrit que la perpétuité est de l'essence du mariage : développant ensuite cette idée non moins exacte, que la législation doit faire des lois adaptées aux idées et aux besoins du peuple, il se risque à écrire que la loi positive ne peut pas toujours être la copie de la loi naturelle, et précise sa pensée en affirmant que le droit naturel peut autoriser le divorce, mais que la loi civile ne doit point l'imiter sur ce point (1).

Pourquoi abandonner la doctrine de la perpétuité du mariage en disant maintenant que le droit naturel autorise la dissolution du mariage ? Si le droit naturel autorise le divorce, c'est que le mariage est une société instable et essentiellement dissoluble.

III. — N'est-ce point au contraire le droit naturel qui condamne le divorce et l'état des mœurs qui demande cette institution ?

L'idée de la perpétuité du mariage primitivement émise par le Tribunal de Montpellier est celle qui nous paraît exacte et nous regrettons qu'il ne l'ait pas approfondie, qu'il l'ait abandonnée aussitôt énoncée.

C'est seulement pendant les périodes troublées de la Révolution, quand les esprits surexcités poussaient à l'extrême les belles et nobles théories de la liberté pour

(1) Puisqu'elle serait en désaccord avec les sentiments religieux de la majorité des Français.

aboutir à des utopies d'une difficile et dangereuse réalisation, que l'on a pu croire à l'impossibilité de se lier pour la vie, dans l'union conjugale, que l'on a pu voir dans le mariage un contrat dont la dissolution, comme la formation, était due à la volonté simultanée et concordante des deux conjoints (1).

Mais le mariage n'est pas un contrat : c'est une institution dont l'origine historique a sans doute été la nécessité de donner un père à l'enfant, et que le droit naturel considère, comme « une société formée par un homme et une femme ayant pris pour fin leur bonheur mutuel par l'union souveraine de toute leur vie et pour l'éducation des enfants qui en naîtront (2) ». D'où la conséquence

(1) Il y a encore des auteurs nombreux pour soutenir que le mariage est bien un contrat. Mais ils essaient de concilier cette idée avec le principe de l'indissolubilité. Boistel notamment, dans son *Cours de philosophie du droit* (t. II, p. 73 et sq.), fait cette double démonstration que le mariage est un contrat mais qu'il est indissoluble et que le divorce par suite ne peut être admis, et, si la loi du 20 septembre 1792 l'a admis, ce fut sous l'influence des idées de liberté propagées par Rousseau, principalement de liberté de conscience, et parce qu'on ne se dégageait pas des erreurs sur la nature des contrats civils, développées de nos jours par Beaussire. (V. t. II, p. 78.)

Lefebvre, au contraire, voit dans le mariage « une union naturelle disciplinée et consacrée dans l'état social comme union légitime, mais consacrée et disciplinée par voie d'autorité, non par voie de contrat. »

(2) V. Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, p. 64. Il ne faut pas oublier de mentionner dans cette définition que le bonheur mutuel des époux doit être obtenu par l'union souveraine de toute leur vie et par l'éducation des enfants qui en naîtront, sinon on aboutirait à cette idée par trop individualiste et égoïste du mariage, à laquelle M. Coirard (dans sa thèse sur *la Famille dans le Code civil*, p. 41) accuse, bien à tort, M. Boistel d'aboutir : que le mariage doit cesser du jour où l'un des époux n'est plus heureux et pense trouver le bonheur avec un autre. De la définition donnée par Boistel, que nous adoptons, découle au contraire le principe de la perpétuité. M. Coirard, en effet, qui assure que le bonheur des uns sera la recherche du plaisir et la satisfaction de la passion, celui des autres l'accomplissement d'une loi morale, a le tort d'oublier que Boistel pose comme principe

forcée de la perpétuité. Si les époux entendent se remarier après avoir fait prononcer le divorce, il est évident qu'ils ne se donneront pas complètement l'un à l'autre et l'union ne sera plus souveraine (1).

S'il s'était placé sur le terrain pratique et s'il avait étudié les inconvénients du divorce comme il paraissait en avoir annoncé l'étude, le Tribunal de Montpellier aurait pu conclure encore à l'indissolubilité. Affirmer, en effet, que les époux séparés ne seront point vertueux et se livreront à une vie scandaleuse, n'est pas raisonner. « J'ai toujours trouvé une pénétrante senteur de naïveté dans l'argument qui tend à prévenir l'inconduite des époux en leur permettant de se remarier ; on supprime l'immoralité des unions irrégulières en mettant d'un trait de plume, dans la loi, que dorénavant elles seront régulières. On satisfait la morale à bon marché. C'est à peu près de la même force que la prétention soulevée aussi sérieusement de nos jours de supprimer les naissances illégitimes par la simple suppression du mariage (2). » — D'autre part, qui niera la nécessité d'affirmer l'indissolubilité pour obtenir des époux des

que le bonheur des conjoints réside dans l'accomplissement de la loi morale, et c'est bien ainsi qu'il faut raisonner, d'ailleurs, quand on se place sur le terrain du droit naturel.

(1) C'était bien là l'idée de Portalis. Ce fut plus tard celle des partisans de la loi de 1884 : « Le mariage, disait en effet M. Martin Feuillée, Garde des Sceaux, n'est pas un contrat ordinaire, comme le disaient les législateurs de 1792 ; il est contracté dans une pensée d'union perpétuelle. Si le divorce est un remède nécessaire, encore faut-il ne l'appliquer qu'en connaissance de cause, et ne pas le livrer aux caprices des plaideurs. Il ne faut même pas prononcer le mot de consentement mutuel, car le principe qu'il consacre est contraire à la nature même du mariage. »

(2) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 79.

concessions mutuelles absolument nécessaires dans toute vie commune (1). La perspective du divorce, la possibilité de régulariser une union qui serait irrégulière, aboutit à encourager l'adultère (2).

(1) « C'est un principe admis par les moralistes, que l'idée de perpétuité attachée au devoir en rend l'accomplissement plus facile le jour où vous laissez entrevoir à l'homme qu'il y a pour lui un moyen de s'affranchir de ses obligations, ce jour-là vous avez affaibli en lui l'idée du devoir... Avec la perspective d'une rupture complète absolue, tout grossit, tout s'envenime : le moindre dissentiment prend une importance considérable, etc... » (Mgr Freppel, *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1885, p. 165, note 1.) Cf. J. Simon, *ibid.*, p. 170. « Il y a généralement dans la vie une crise. Vous vous mariez, vous vous adorez ; et, dans la langue commune, on appelle cela la lune de miel. La lune de miel est généralement suivie, pour les cœurs bien placés, de beaucoup d'autres lunes de miel. La lune de miel dure longtemps pour tous ceux qui ont le cœur d'un homme, et presque plus longtemps encore chez celles qui ont le cœur d'une femme. Mais il arrive que l'amour s'éteint, l'amour physique, l'amour violent, l'amour impétueux, l'amour troublant.... A ce moment-là, il y a une crise terrible pour la destinée des deux époux ; il peut arriver que la satiété produise presque le dégoût, en tout cas une irritabilité malade, et que pour une querelle peut-être légère on se laisse aller à la pensée qu'une séparation serait possible. Le bon sens revient vite. Comme le disait M. Naquet, ce n'est point un sort enviable que celui des époux séparés. On s'en aperçoit ; les bons conseils arrivent ; on trouve en soi-même la solution, et on se retient ; et puis on recommence à vivre ensemble, et on dit : c'est la nécessité. Cela dure, le dégoût disparaît et les occasions de querelles disparaissent aussi, chacun obtenant un peu de son côté ; et, la vie s'étant ainsi prolongée, au bout de quelque temps il naît un sentiment nouveau, qui est le souvenir des années qu'on a passées ensemble, le souvenir d'un dévouement sans réserve, qui, dans certains cas, a peut-être été héroïque, de cet héroïsme touchant qui n'a qu'un seul témoin et que le monde ignore. Il arrive que l'on a été le confident de nobles pensées, de nobles résolutions ; on se connaît mieux, on s'admire.... »

(2) « L'indissolubilité est une barrière, un frein, un obstacle ! Quand la pauvre femme est là qui se débat, quand la pauvre âme assiégée est aux prises avec les entraînements de la passion, en lutte avec le sentiment intime du devoir, est-ce que vous croyez que ce n'est pas quelque chose que de pouvoir se dire avec la loi du divorce : non ce n'est pas la faute, non ce n'est pas la déchéance, non ce n'est pas chute ; mais c'est la prison qui s'ouvre, et c'est le commencement d'une union nouvelle qui sera à son tour sainte, respectée et consacrée par la loi. » (Allou, *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1885, p. 172). Cf. Jules Simon, *ibid.*, p. 169 :

En théorie, le droit positif doit donc ici se trouver d'accord avec le droit naturel et se montrer défavorable au divorce si funeste.

Cependant l'idée du Tribunal de Montpellier qu'il ne s'agit pas de savoir si la faculté de divorcer découle des principes stricts du droit, mais si elle cadre avec les mœurs, le génie et les usages du peuple à qui on veut la donner, trouvera-t-elle à s'appliquer, en ce sens que le divorce étant opposé au principe (1), le législateur doit néanmoins le prévoir dans son Code parce que le peuple pour lequel il le promulgue ne saurait s'en passer (2) ?

Le Tribunal de Montpellier conclut que non, en se basant uniquement sur cette considération, qui a joué un grand rôle à l'époque, que le dogme catholique était opposé au divorce et que ce dogme est admis par la majorité des Français (3).

« Déclarer que le mariage est un contrat dissoluble par le divorce, cela revient à dire : vous prenez cet homme et cette femme à l'essai ! Jusqu'à présent nous disons : l'adultère est un crime contre la sainteté du mariage ; dorénavant il n'y a plus qu'un crime contre la loi, et un crime mesuré par le temps ; un crime avant la formalité, qui pourra devenir très légitime le lendemain du jour où la formalité aura été remplie. Et à force de dire : cela est possible, cela peut devenir légal, la femme peut laisser son imagination travailler, et arriver à faire naître en elle un amour. »

(1) Contrairement à l'idée émise par le Tribunal de Montpellier.

(2) Il est d'ailleurs à noter que toutes les législations ont admis le divorce ou la répudiation, qui est aussi une dissolution du mariage.

(3) Remarquons cependant que l'Eglise catholique n'a pas toujours été aussi sévère sur l'indissolubilité du mariage. Avant le Concile de Trente, notamment, le mariage non consommé pouvait être dissous pour un assez grand nombre de causes. Le mariage consommé pouvait d'ailleurs être dissous jusqu'au XII^e siècle, c'est seulement à partir de cette époque qu'il a été indissoluble. Le Concile de Trente de 1560 a confirmé ces prin-

Mais cette question religieuse n'a rien à voir ici. Il ne s'agit pas de savoir si la majorité du peuple est catholique ou non (1) ; il s'agit de savoir si la plus grande majorité du peuple est parvenu à un état de moralité suffisante pour admettre l'indissolubilité du mariage et si la plupart des conjoints peut supporter le célibat après la séparation de corps. Il s'agit de savoir si la règle morale condamnant le divorce est promulguée dans la conscience de la société (2).

cipes pour le mariage consommé, mais il ne permet plus la dissolution du mariage non consommé qu'au cas où l'un des époux voulait entrer dans un monastère. V. Glasson dans *Grande Encyclopédie*, v^o *Divorce*. D'une façon générale la dissolution du mariage avait été admise par le Droit canonique quand le but du mariage, c'est-à-dire la procréation et la perpétuation de la race, ne pouvait plus être atteint. V. Esmein.

(1) On peut être catholique et admettre le divorce, puisqu'il est prononcé tant de divorces entre époux catholiques. Mais il ne suffit pas de faire partie de l'Eglise catholique pour repousser le divorce ; il faut encore, et avant tout, s'inspirer de la doctrine chrétienne et des principes de la morale : alors, en effet, on supprimera les causes du divorce. Mais une de ces causes existant, par exemple l'adultère, cela suppose que l'on a abandonné les principes de la morale et du christianisme, et comment affirmer qu'un individu qui a abandonné cette morale reste attaché au dogme catholique et n'admet pas le divorce ?

(2) V. Boistel, *Philosophie du Droit*, t. II, p. 80 sqq., qui aboutit à cette conclusion par le raisonnement suivant : De la définition du mariage et de son but découlent sa perpétuité et son indissolubilité. En droit pur le mariage est donc indissoluble. En outre, le divorce a de nombreux inconvénients, d'où la nécessité de maintenir très fermement le principe. « Aucune raison d'ordre général, ou objectif, ne peut légitimer l'admission du divorce, comme cause de dissolution du mariage..... Le divorce est absolument condamné par la loi morale et conséquemment par le droit naturel. » Mais, ajoute M. Boistel, « ne saurait-il y avoir des raisons d'ordre subjectif » c'est-à-dire des circonstances de fait qui pourraient atténuer ou même innocenter ceux qui y recourraient en une situation extrême, ou un législateur qui l'autoriserait dans des conditions déterminées ? « L'obligation qui naît certainement en théorie de la loi morale ne saurait-elle être atténuée en fait pour certains individus par des circonstances spéciales, comme cela arrive notamment, de l'aveu de tous, en cas de promulgation insuffisante d'une loi ? » Et il conclut que oui, car « la loi morale n'est obligatoire, comme toutes les lois, qu'autant qu'elle est promulguée. Or

Ainsi admis, le divorce est loin d'être un progrès législatif. Il faut même ne l'admettre que d'une façon très stricte : au cas où l'union souveraine qui est l'essence du mariage n'existe plus et ne peut plus exister. Mais encore faut-il apporter à la loi une grande précision de rédaction. Car une semblable formule aboutirait facilement à une interprétation trop large de la part des Tribunaux, semblable à celle qu'ils ont donnée de l'injure grave et tout aussi déplorable (1). En conséquence, admettre le divorce pour l'adultère ou pour attentat d'un époux sur l'autre est dans l'état actuel de la société pres-

la règle de l'indissolubilité du mariage appartient à la loi naturelle, qui est promulguée dans l'intelligence de chaque homme par les lumières de sa conscience. » Précisément l'homme ne peut concevoir cette indissolubilité du mariage comme obligatoire, tant qu'il n'a pas le « sentiment complet et réfléchi de la dignité de la personne humaine », qui seul lui fera « concevoir la possibilité de l'union souveraine entre deux âmes, prises par les côtés les plus élevés de leur intelligence et de leur cœur. » L'homme étant incapable de concevoir un idéal aussi élevé, la règle n'est pas encore promulguée dans sa conscience : donc elle n'est pas strictement obligatoire. En droit positif par conséquent le divorce pourra être toléré comme une concession faite par la partie éclairée de la nation aux sentiments moins élevés et plus grossiers de l'autre partie, quand la majorité des citoyens n'est pas fermement attachée « aux principes d'une morale suffisamment élevée », quand elle n'a pas « une idée assez complète de la dignité de la personne humaine, et de la souveraineté qui doit caractériser une union vraiment personnelle entre les époux », quand la majorité est incapable de supporter le célibat après la séparation de corps. Boistel assure que la France ne méritait pas la flétrissure qui lui a été faite par l'admission du divorce ; malheureusement nous ne sommes pas de son avis.

(1) La jurisprudence des Tribunaux a malheureusement admis depuis longtemps le divorce pour les motifs les plus futiles. Elle aboutit à introduire dans la pratique le divorce par consentement mutuel, ou par incompatibilité d'humeur. Si les procès étaient un peu moins longs nous dirions même que la Jurisprudence a institué l'union libre, les époux divorcés se mariant souvent aussitôt que le jugement est définitif, divorçant à nouveau et ainsi de suite. La loi de 1908 autorisant la conversion du jugement de séparation en jugement de divorce a également le tort d'admettre trop facilement la dissolution du mariage.

que obligatoire. Mais ajoutons, avec le Tribunal de Montpellier, que, même dans ce cas-là, le divorce sera considéré comme odieux ; précisons en disant que l'époux innocent, seul, sera excusable (1).

A côté de ce divorce on doit admettre la séparation de corps demandée par le Tribunal de Montpellier, mais pour des causes moins nombreuses que celles énoncées par ce Tribunal qui, influencé par le droit canonique, oublie le devoir mutuel d'assistance et de secours que se doivent les époux, lorsqu'il réclame la séparation au cas de « lèpre et autres maladies » (2).

IV. — La discussion du titre du divorce fut assez confuse (3) et la question ne fut pas toujours portée sur son véritable terrain. L'argument religieux fut, en effet, le principal qui fut étudié (4).

(1) Faut-il demander que l'époux coupable soit condamné pénalement par l'interdiction de se remarier pendant un certain temps ou même à une amende et à des dommages-intérêts vis-à-vis de son conjoint ? On peut aller jusque-là peut-être, quand le divorce n'est possible que pour les cas sus-énoncés : l'attentat et l'adultère se prouvant forcément. Admettre cette solution quand le divorce est autorisé pour d'autres causes supposerait une appréciation infaillible des Tribunaux.

(2) Fenet, t. IV, p. 427, § 1^{er} du Rapport du Tribunal de Montpellier. Ceci nous paraît être demandé sous l'influence du Droit canonique qui donnait au mariage la procréation et l'éducation des enfants comme but, et qui de ce fait admettait la dissolution du mariage ou la séparation quand la vie commune lui paraissait impossible.

(3) Nous ne pouvons pas l'analyser ici. Nous nous bornerons à y rechercher les idées conformes ou opposées à celles du Tribunal de Montpellier. Pour l'analyse complète de cette longue discussion, V. Olivier-Martin, *La crise du mariage sous la Révolution*.

(4) Il nous intéresse justement beaucoup.

Portalis, démontrant au Conseil d'Etat que la loi civile pouvait admettre le divorce, bien que la doctrine catholique y fût opposée parce que le mariage existait sans l'intervention de l'Eglise (1), affirma que la loi civile, non seulement pouvait autoriser le divorce, mais devait l'autoriser, et il aboutit à cette conclusion opposée aux idées du Tribunal de Montpellier. « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes (2). » Et le Conseil d'Etat admit ce principe sans discussion (3).

Au Conseil d'Etat on discuta surtout sur l'extension du divorce et sur ses inconvénients (4). Pour connaître la solution à adopter, Portalis, d'accord en cela avec le Tribunal de Montpellier, s'exprima ainsi : « C'est dans les campagnes qu'il faut aller chercher les mœurs françaises. Là le scandale du divorce a été rejeté avec mépris ; là on n'a point usé du divorce ; les *tribunaux* l'attestent : voilà le vœu de la nation (5). » On sent donc bien ici l'influence des observations des Tribunaux. Tronchet également s'inspirera de leurs idées quand il assurera que le divorce pour incompatibilité d'humeur est contraire au vœu du pays. C'est aussi l'avis de Maleville. Et plus tard, serrant la question de plus près, Tronchet dira : « Le principe fondamental du contrat de mariage, principe avoué par tous, et même par ceux qui ont poussé le plus loin l'abus du divorce, est que le

(1) Fenet, t. IX, p. 248, 250, *in fine*.

(2) Fenet, t. IX, p. 251.

(3) Fenet, t. IX, p. 252. Contre cette théorie s'éleva au Tribunat dans un discours qui n'eut aucun succès le tribun Caron Nisas. V. p. 136.

(4) Nous n'avons pas à rentrer dans le détail puisque le Tribunal n'a rien discuté sur ce point.

(5) Fenet, t. IX, p. 257.

mariage est le plus saint des engagements parce qu'il tient à l'harmonie sociale ; qu'il forme les familles particulières dont se compose la grande famille de l'Etat ; qu'il est le conservateur des mœurs..... La conséquence de ce principe est qu'un pareil engagement ne peut être légèrement dissous : *peut-être même devrait-il être indissoluble*. Il ne s'agit point ici des maximes religieuses : la loi civile qui ne régit point la conscience peut cependant établir tout ce que réclame l'intérêt public..... » (1) et il ajoutera que la plupart des causes de divorce contenues dans le projet sont tout au plus susceptibles de provoquer la séparation de corps. C'est encore une idée du Tribunal de Montpellier.

Sur la remarque de Boulay que les Tribunaux avaient demandé la séparation de corps et de biens (2), Portalis et le Premier Consul étant d'ailleurs d'accord, elle fut prévue dans le nouveau projet.

Au Tribunat on entendit un écho des observations du Tribunal de Montpellier quand le tribun Caron-Nisas

(1) Fenet, t. IX, p. 281, 282.

(2) Fenet, t. IX, p. 300. Quelques Tribunaux seulement avaient fait cette demande : celui de Nancy voulait la séparation à côté du divorce (Fenet, t. IV, p. 593), celui de Nîmes également : « l'on conviendra que, pour ne pas mettre nos lois en contradiction avec les différents cultes naturalisés en France, qui autorisent le divorce, c'était une nécessité de ne pas repousser ce violent remède aux maux de la société. Mais il semble que pour atteindre pleinement le but qu'on s'est proposé, de prévenir l'abus du divorce, et de défendre le mariage contre le débordement des mœurs, il n'aurait pas fallu abolir en même temps la voie légale de la séparation de corps. » Et le Tribunal de Nîmes faisait valoir les mêmes raisons que le Tribunal de Montpellier : « Cette institution..... offrirait, dans le plus grand nombre des situations, un remède doux et suffisant aux maux de la vie conjugale ; elle laisserait à ceux qui professent le dogme inflexible de l'indissolubilité, et même à ceux qui, n'y étant pas asservis, ne peuvent, sans être étrangers à toute idée de morale, méconnaître le caractère de perpétuité dans la destination du mariage, une liberté précieuse de choix entre deux moyens si

dit qu'il ne s'agissait pas de la plupart des religions, mais de la religion de la plupart (1).

Le divorce fut néanmoins admis pour des causes que le Tribunal de Montpellier n'approuvait pas. Mais la séparation de corps, non prévue au projet, fut introduite dans la législation nouvelle, et cela grâce aux observations des Tribunaux et en particulier du Tribunal de Montpellier (2).

différents dans leurs effets, et qu'il semble qu'une législation bienfaisante et désormais aussi éclairée que la nôtre, ne peut refuser. » (Fenet, t. V, p. 11.) — Celui d'Orléans, adoptant les raisons qui ont fait introduire le divorce dans le projet, fait valoir que ces mêmes raisons « nécessitent absolument le rétablissement de la séparation de corps et d'habitation *pour ceux qui ont une croyance contraire au divorce. Les citoyens peuvent professer diverses religions ; mais il faut des lois pour tous.* » (Ces derniers mots sont soulignés dans le rapport. V. Fenet, t. V, p. 44.) — Celui de Riom, très hostile au divorce, demande la séparation pour les catholiques : « pourquoi donc n'avoir pas fait une loi pour les catholiques qui ont le malheur d'avoir contracté des mariages mal assortis?... Pourquoi la loi ne leur offre-t-elle pas le seul remède salutaire qu'ils ambitionnent?... » (Fenet, t. V, p. 418.) Tout ceci à propos des idées exprimées dans le *Discours préliminaire*, car le Tribunal de Riom n'a pas eu le temps d'examiner tout le projet. Il développe cependant à nouveau ses idées sur la perpétuité du mariage en étudiant le Tit. V du Liv. 1^{er} sur le Mariage. (Fenet, t. V, p. 434.) — Celui de Toulouse enfin, peu favorable au divorce à cause de ses inconvénients ajoute : « Mais soit qu'on admette, soit qu'on rejette le divorce, il semblerait juste d'autoriser les tribunaux à prononcer la séparation de corps pour un temps déterminé lorsque les circonstances paraîtront l'exiger. » (Fenet, t. V, p. 560.)

(1) Fenet, t. IX, p. 530.

(2) Cf. note précédente. Six tribunaux, au total, avaient demandé la séparation de corps. Parmi ceux-là c'est bien celui de Montpellier qui a le plus insisté. Les plus hostiles au divorce étaient celui de Montpellier et de Riom ; ne lui étaient pas favorables ceux de Limoges, Nîmes et Toulouse, ceux d'Agen et Bourges qui faisaient des restrictions. Au contraire se sont montrés favorables au divorce : les Tribunaux de Lyon, de Paris, celui de Rennes qui va jusqu'à demander le divorce par consentement mutuel, celui de Rouen, le Tribunal de Cassation enfin, puis quelques autres, mais avec moins de netteté : celui de Douai, Grenoble. Les autres n'ont fait que des observations de détails sans rien dire sur le principe.

CHAPITRE V

Acquisition et Restitution des fruits (1)

I. — Après avoir défini le droit de propriété, le projet réglait l'accession qui en est « une suite » (2). Il posait en principe que « tout ce qui est produit par une chose mobilière ou immobilière appartient au propriétaire de cette chose » (3), de sorte que « les fruits produits par

(1) Nous étudions dans ce chapitre les observations faites par le Tribunal de Montpellier sous deux rubriques différentes : celles qui sont présentées sous le titre *Acquisition et Restitution des fruits* (Fenet, t. IV, p. 483), ayant trait plus spécialement au « principe adopté trop vaguement dans plusieurs pages du projet de Code ; savoir, *que les fruits produits par la chose appartiennent à son propriétaire, encore qu'ils aient été produits par les labours, travaux et semences faits par un tiers... en sorte qu'ils doivent être restitués, avec la chose, au propriétaire qui les revendique* » ; — celles présentées, ensuite sous le titre *Possession* (Fenet, t. IV, p. 486). — Ces dernières se rapportent, en effet, uniquement à l'acquisition des fruits pendant la possession.

(2) Liv. II, Tit. II, art. 3. — « On appelle ainsi le droit que le propriétaire d'une chose a sur tout ce qu'elle a produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. » (même art., § 2.)

(3) « Tels sont les fruits naturels ou industriels de la terre ; — les fruits civils ; — les petits des animaux », continue l'art. 4.

la chose appartiennent à son propriétaire, encore qu'ils aient été produits par les labours, travaux et semences faits par un tiers en lui en remboursant les frais » (1).

Sans doute fallait-il voir une première application de ce principe dans la disposition de l'art. 35 du Titre de la vente (2) qui stipulait que « la chose (vendue) doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. — *Depuis ce jour tous les fruits pendans appartiennent à l'acquéreur quoique les fonds eussent été ensemençés par un tiers, si le vendeur ne les a réservés, sauf le recours de ce tiers contre le vendeur* » ; puis une seconde dans l'art. 95 du même titre qui accordait au vendeur faisant usage du réméré les fruits pendans par les racines « *à compter du jour où il a remboursé ou consigné le prix* », à moins de stipulations contraires. — Enfin d'une façon plus générale le simple possesseur n'acquerrait pas les fruits et devait les restituer au propriétaire revendiquant, en vertu de l'art. 6 du Titre II du Livre II, « excepté dans le cas où le détenteur en était possesseur de bonne foi », le possesseur de bonne foi étant « celui qui a possédé comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, mais erroné ou vicieux » (3).

II. — Le Tribunal de Montpellier critique le principe du projet puisé dans les lois romaines « savoir : *Que les fruits produits par la chose appartiennent à son propriétaire encore qu'ils aient été produits par les*

(1) Liv. II, Tit. II, art. 5.

(2) Liv. III, Tit. XI.

(3) Liv. II, Tit. II, art. 7.

labours, travaux et semences faits par un tiers, en sorte qu'ils doivent être restitués avec la chose au propriétaire qui les revendique (Liv. II, t. II, sect. I, art. 5 et 6) », parce que les résultats sont contraires à l'équité et aux règles concernant l'exécution des contrats.

Il demande qu'à côté de ce principe on adopte comme exception générale « tous les cas où un tiers a eu un titre ou un juste motif d'exploiter les fonds d'autrui et d'en percevoir les fruits » (1).

Ainsi disparaîtrait du Code le résiliement des ventes de fruits par l'effet de la vente postérieure du fonds, c'est-à-dire une source de beaucoup d'abus (2). Le contrat de vente des fruits antérieur doit être préféré. On ne voit pas pourquoi la règle *qui prior est tempore, potior est jure* a été méprisée par le projet, à ce sujet (3). Dans le § 1^{er} de son rapport, le Tribunal avait déjà fait une longue observation sous l'art. 35 du titre de la vente. Il faisait valoir, outre cette maxime, que l'acquéreur était censé connaître les droits des tiers sur les fruits, qu'on lui demandait donc de participer à la mauvaise foi du vendeur. Une vente fictive serait un moyen trop commode pour le propriétaire de se délivrer des baux qui ne lui conviendraient plus, et les droits des fermiers seraient presque

(1) Fenet, t. IV, p. 484.

(2) « Il est aisé de voir à quels abus peut conduire la faculté qu'aura l'acheteur postérieur du fonds, de priver l'acheteur des fruits de l'objet de son acquisition, la fraude et la mauvaise foi n'auront plus de ménagements à garder, la connaissance des faits ne leur imposant pas la moindre gêne. » (Fenet, t. IV, p. 485.)

(3) « Car on ne voit pas sur quel fondement cette règle ne serait pas applicable pour faire donner la préférence, toutes choses égales d'ailleurs, à l'autorité du contrat de vente des fruits... » (Fenet, t. IV, p. 484.)

illusoires (1). Il présentait ensuite un argument juridique : « Dans la rigueur et la subtilité des principes, le travail du fermier fait du consentement du propriétaire n'est-il pas un moyen légitime d'acquérir les fruits? » Il ne peut pas dépendre du propriétaire de les séparer de la propriété « et d'en transférer par fiction le domaine avant leur séparation du fonds ».

Le Tribunal rappelait enfin que ces raisons (2) avaient conduit l'Assemblée Constituante à bannir du droit français la maxime *vente coupe rente* tirée de la loi *Emptorem* (3).

La disposition qui, dans le silence des parties, règle la perception des fruits en faveur du retrayant, lors du rachat du fonds vendu à ce pacte, disparaîtrait tout aussi heureusement, car elle mérite la même critique : elle n'est pas équitable, puisqu'elle accorde au vendeur faisant usage de la faculté de réméré les fruits des travaux et semences de l'acquéreur à pacte de rachat (4). En outre, elle est contraire à la nature du titre de l'acquéreur, qui jouit à titre de propriétaire.

Et, précisément parce qu'il jouit à titre de propriétaire, une troisième disposition du projet est incompréhensible. A ce titre, en effet, « il peut sans contredit affermer et avec les mêmes avantages que le propriétaire à titre incommutable ». Or, d'après le projet, le retrayant pourrait ne pas maintenir les baux passés par l'acquéreur.

(1) Fenet, t. IV, p. 458.

(2) « Puisées dans l'équité naturelle et conformes aux principes qui doivent régler l'exécution des contrats. »

(3) « Aussi la loi sur la police rurale (art. 2) maintient en cas de vente les baux à ferme dont la durée n'excède pas six années. »

(4) « Surtout lorsqu'il n'avait pas trouvé, sur ce même fonds, des fruits pendants lors de son acquisition. » (Fenet, t. IV, p. 485.)

Une semblable perspective interdit, dans la pratique, à l'acquéreur d'affirmer : qui donc voudra s'exposer à une expulsion toujours possible ? Qui donc, en y consentant, voudra payer le loyer que le propriétaire serait en droit de toucher ? « Pour obvier donc à un pareil inconvénient, la loi doit encore maintenir le bail ; mais pour que d'un autre côté on n'abuse pas de cet avantage au préjudice du retrayant, les baux ne devraient pas être pour de longues années, ni leur prix au-dessous du taux ordinaire (1). »

Plusieurs points doivent être pris en considération au moment du rachat du fonds par le vendeur à reméré : « Les fruits pendants par les racines lors du rachat doivent donner lieu à différentes dispositions suivant les circonstances, comme si les fonds sont affermés ; si, lors de la vente à faculté de rachat, il y avait ou non des fruits pendants ; si les terres étaient ensemencées, ou ne l'étaient pas, etc... (2). » En effet, si lors du rachat il y avait des fruits qui ne se trouvaient pas pendants par les racines lors de la vente, le vendeur en profiterait injustement, de sorte qu'on serait conduit, par la raison des contraires, à ne jamais mettre les dégradations à la charge de l'acheteur. Dans le partage des fruits il faut avoir égard à ce qui doit former la portion du propriétaire et la portion colonique, qu'il est naturel de réserver au fermier, comme fruit de son travail et de ses débours (3).

(1) Fenet, t. IV, p. 486.

(2) Ceci est écrit dans le § 1 du Rapport sous l'art. 95 du titre de la vente. Déjà à la lecture des articles, avant de rattacher ces articles à une théorie générale, le Tribunal avait donc présenté une longue observation sur cette disposition qui manquait de précision et d'équité. (Fenet, t. IV, p. 460.)

(3) Le Tribunal développe donc des idées d'équité dans son § 1^{er}. Il y énonce aussi cette idée que les baux passés par l'acheteur doivent être maintenus

« Enfin la règle générale qui dépouille le possesseur des produits de la chose (Liv. II, Tit. II, sect. I, art. 16) pour être restituées au propriétaire qui la revendique, excepté les cas de la bonne foi du possesseur, rencontre pareillement les plus graves inconvénients dans la pratique (1). »

Il y en aurait de quatre sortes : le propriétaire pourrait abuser de ce principe, en revendiquant tardivement sa chose qui néanmoins produira pour lui des fruits (2). Ce qui conduirait au double résultat à redouter de « laisser incertain le domaine des choses et d'opérer la ruine du possesseur ».

Un propriétaire qui aurait troublé le possesseur en lui prenant l'objet de sa possession, qui aurait été condamné au possessoire, dans l'action en réintégrande, à la restitution de la chose, aurait le droit, — en vertu de la généralité de cette règle — le jour où il triompherait au pétitoire, de se faire restituer avec la chose litigieuse les fruits perçus par le possesseur, auquel il aurait remis cette chose après la sentence intervenue sur la réintégrande. Cependant, auteur d'un trouble, et pour cela condamné, « il a toujours à s'imputer d'avoir employé contre le possesseur les voies de fait que la justice réproouve (3). »

Ensuite les liquidations des fruits donneraient lieu à des « discussions interminables », voire « à des contes-

par le vendeur au moment du rachat ; et c'est sur ce point qu'il insiste à nouveau dans le § 2 en termes à peu près identiques.

(1) Fenet, t. IV, p. 486, sous la rubrique « Possession ».

(2) « Procédé qui mérite beaucoup moins de ménagement que la négligence » ; or la négligence du propriétaire laisse s'accomplir la prescription. (Cf. le contexte : Fenet, t. IV, p. 486.)

(3) Fenet, t. IV, p. 487, 3°.

tations dispendiaires », quand les calculs remonteraient à des époques éloignées.

Enfin, l'exception elle-même, qui accorde les fruits au possesseur de bonne foi, amènerait des difficultés pour prouver la bonne foi.

A côté de cet argument d'ordre pratique le Tribunal en formule un autre d'ordre logique ou juridique : de même que les intérêts des créances ne courent que du jour de la demande en justice, de même les fruits — qui sont à l'égard des fonds ce que les intérêts sont à l'égard des capitaux — ne peuvent être dus que du jour de la revendication (1).

Toutes ces considérations avaient fait admettre dans certains pays de droit écrit, que « sans nulle différence de fruits, sans nulle distinction entre les actions de bonne foi et celles appelées *stricti juris*, sans s'arrêter à la bonne ou à la mauvaise foi du possesseur, les fruits des biens-fonds, tout comme les intérêts des sommes dues, ne sont adjugés *régulièrement* que du jour de la demande préjudicielle. On y excepte cependant quelques cas particuliers dont le privilège se fait sentir, tels que celui de la dot, celui de la légitime, le cas du vendeur qui retient la chose après en avoir reçu le prix, et la spoliation (2). » On avait ainsi un système uniforme (3).

(1) « Cette règle est un contraste frappant avec celle qui régulièrement ne fait courir les intérêts des sommes dues que du jour que la demande en est formée en justice... » (Fenet, t. IV, p. 486.)

(2) Fenet, t. IV, p. 487.

(3) « Dans ce système, intérêts et fruits, tout se règle uniformément, quelle que soit la différence des circonstances ; et si le propriétaire qui revendique la chose, et le créancier qui réclame les sommes qui lui sont dues, n'obtiennent pas respectivement les fruits et les intérêts perçus et discours antérieurement à leur demande, ils ont à s'imputer de ne pas l'avoir formée plus tôt en justice. Ils sont ici punis de leur négligence ou de leur retard, par la perte des fruits ou des intérêts, comme ils le seraient par la perte même

III. — Le Tribunal de Montpellier en accordant les fruits non seulement à celui qui a possédé comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, mais erroné ou vicieux (1), mais au tiers qui a un titre, ou un juste motif d'exploiter les fonds d'autrui, et d'en percevoir les fruits, en élargissant ainsi l'exception (2), se conformait à la maxime qui sème récolte (3). Il nous paraît étendre ici le sens généralement donné au terme de possesseur de bonne foi, même en pays de droit écrit. Serres, en effet, en écrivant (4) qu'on appelle ainsi « celui qui a acquis ou qui a reçu par quelque titre une chose qu'il ignorait être à autrui, qui ignoravit rem alienam esse, leg. 109 ff. de verber. signif. », et possesseur de mauvaise foi « celui qui a joui sans titre ou avec un titre vicieux, comme s'il a acquis contre la prohibition des lois, ou sachant que le vendeur n'est pas le véritable maître, dict. leg. 109 cap. 82, de reg. jur. in 6^o », lui

de la chose ou des sommes capitales, s'ils laissaient accomplir la prescription. C'est la tranquillité publique qui commande, dans l'un et dans l'autre cas, le sacrifice de la propriété particulière. Tout est lié ; tout se tient dans un pareil système, qui coupe court aux contestations dont la sagesse du législateur doit toujours chercher à étouffer le germe. » (Fenet, t. IV, p. 488.)

(1) C'est ainsi que le projet définissait le possesseur de bonne foi, à qui il accordait des fruits. Cf. plus haut p. 139.

(2) En effet, dans ce système, celui qui possédait de bonne foi, à titre de locataire, de fermier, etc., conservait les fruits, alors que le système du projet les accordait à celui-là seul qui possédait à titre de propriétaire.

(3) L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi dans certaines coutumes en était une application. Cf. Beaumanoir. On considérait les fruits comme acquis par cela seul que les travaux avaient été faits. Cf. Brissaud (éd. 1904), t. II, p. 1219, n. 2.

(4) *Institutiones*, Liv. II, Tit. I, § 35.

donnait la signification que les rédacteurs du projet ont adoptée.

Les pays de droit écrit, la région montpelliéraine en particulier, ne suivaient pas le Code de Justinien en matière de possession, notamment en accordant au possesseur de bonne foi, lorsqu'il était assigné en délaissement, tous les fruits cueillis ou perçus même non consommés (1). Seuls les fruits pendants au moment de la demande étaient dus. La bonne foi était nécessaire seulement au début de la possession (2).

Comme le Tribunal de Montpellier le demandait dans ses observations, on tenait compte en pays de droit écrit, lors du rachat dans les ventes à réméré, pour régler la propriété des fruits, de différentes circonstances : « vendeur à faculté de rachat réservant, aura tous les fruits, s'ils sont à recueillir, les droits du colon réservés (3) » : les fruits pendants devaient donc être partagés eu égard au temps de l'année, à compter, d'un côté du jour de la vente, et, de l'autre, du jour des offres réelles suivies aussitôt de consignation.

(1) Serres, *Institutions*, Liv. II, Tit. I, § 35. On ne faisait pas de différence « entre les fruits naturels ou industriels, consommés ou existants, perçus ou qu'on aurait pu percevoir ». L'ordonnance de 1539, art. 94, et l'usage avaient aboli cette distinction de Justinien. De même on ne suivait plus la distinction que faisait l'Empereur en voulant que le possesseur de bonne foi soit tenu de rendre les fruits qui se trouvaient existants et non consommés, lors de l'assignation en délaissement, « car on regarde en France les fruits comme consommés pour ce qui est de leur acquisition dès qu'ils ont été perçus ou cueillis, c'est-à-dire dès qu'ils ne sont plus sur pied, et qu'ils ont été séparés du sol. » Dans le même sens Du Rousseaud de la Combe, *v° Fruits*.

(2) La coutume de Toulouse était d'ailleurs en ce sens. Cf. Tit. VI : « Ceux qui dès le commencement de leur possession ont et possèdent de bonne foi en Tholouse ne sont tenus des fruits consommés, ni en nature, ni par ceux retirés des choses à eux demandées, quoique leur soient évincées, que puis la contestation, jusqu'à fin de cause. » — A Rome, la bonne foi au moment de la perception était nécessaire.

(3) Du Rousseaud de la Combe, *v° Faculté de rachat*.

La disposition du projet de Code autorisant le vendeur quand il faisait usage de la faculté de rachat à résilier les baux passés par son acheteur était conforme au principe de la loi *Emptorem* qui autorisait tout acquéreur à renvoyer le fermier. On aurait donc pu s'attendre à l'approbation du Tribunal de Montpellier, plutôt qu'à sa critique contre la législation romaine. Mais il ne faut peut-être pas trop s'étonner de l'attitude du Tribunal de Montpellier, car la loi *Emptorem* paraît avoir eu une existence éphémère (1).

Cependant Du Rousseaud de la Combe indique nettement l'effet de cette loi et ne fait aucune réserve quant à son application présente (2). — Le Tribunal de Montpellier visant l'abrogation de cette loi par la Constituante, sans faire allusion à la jurisprudence du Parlement de Toulouse, ni à l'usage, peut-on conclure que la loi s'ap-

(1) Constitution d'Alexandre Sévère, très probablement rendue quand il avait le plus d'ardeur à faire prévaloir les principes favorables à l'aristocratie qui devaient diriger son gouvernement, la loi *Emptorem* avait eu pour but de permettre au *dominus* d'être le maître de tous les hommes employés à l'exploitation et de les avoir à sa discrétion. Mais elle ne paraît justifiée ni par les traditions, ni par les tendances de l'avenir. Un siècle et demi plus tard l'acheteur n'avait plus, en fait, le droit d'expulser le colon devenu à cette époque partie intégrante de la terre. Cf. Meynial, *Note sur la Loi Emptorem* (Dans les *Mélanges Girardin*).

(2) V^o *Bail*, Section II : « Locataire ou fermier peut être expulsé par l'acquéreur, sans qu'il soit obligé d'habiter en personne *L. emptor. 9. C. de loc. cond.*, et par tout successeur à titre singulier. *l. 120, § 2, de leg. 1*, quand même l'acquéreur aurait été chargé d'entretenir le bail, sauf les dommages et intérêts : c'est la dernière jurisprudence contre ladite loi 9. » et il renvoie à Cujas. Et spécialement en matière de vente à reméré : « Retrayant peut expulser l'acquéreur auparavant locataire. » — De même il indique une jurisprudence contraire à la doctrine du Tribunal de Montpellier au sujet des fruits pendants par les racines lors de la vente qu'il dit appartenir « à l'acquéreur, *l. 13, § 10, de Act. empt.* sans qu'il soit tenu de laisser jouir le fermier, ni se contenter du prix du bail, *dict. l. 9. cod. de locat.* de même du légataire *l. 120, § 2, de leg. 1*, cependant il doit laisser finir l'année au fermier et ne le prendre au pied levé. »

pliquait encore à Montpellier? Ou bien la demande du Tribunal était-elle inspirée par un usage local (1)?

IV. — La section de législation du Conseil d'Etat apporta quelques modifications au projet. Le texte qu'elle proposa à la discussion du 20 vendémiaire an XI (2) n'énonçait plus le principe catégorique : « tout ce qui est produit par une chose immobilière appartient au propriétaire de cette chose (3) », mais seulement ses applications : « les fruits naturels ou industriels de la terre ; les fruits civils ; le croît des animaux appartiennent au propriétaire par droit d'accession (4) ». Cela reve-

Despeisses indiquait déjà l'application de cette loi : « Le bail à loyer prend fin par divers moyens. *Primo* : par l'aliénation de la chose baillée à ferme ; ainsi si la chose baillée à ferme a été vendue pendant le bail par le locateur, l'acheteur n'est pas obligé d'entretenir le bail, mais il peut faire sortir le fermier de la chose louée », et il cite en ce sens de nombreuses références, puis il ajoute qu'il en est ainsi « bien que le fermier ait hypothèque générale sur tous les biens du locateur, et ainsi a été jugé au Parlement de Grenoble le 17 mars 1554, au Parlement de Paris, par divers arrêts, notamment de l'an 1541, et au Parlement de Dijon le 23 février 1581, ...voire même qu'il ait hypothèque spéciale sur la chose louée : ainsi a été jugé au Parlement de Bordeaux le 7 février 1558... au Parlement de Tolose le 17 septembre 1599. » Plus loin : « Ce qui a été dit de la vente du fonds baillé à ferme a pareillement lieu en la vente de la maison baillée à loyer. ... En deuxième lieu le bail à loyer se dissout non seulement par l'aliénation de la chose baillée à ferme mais aussi par l'aliénation de l'usufruit, ou des fruits, de la chose affermée. Et c'est ce qu'on dit communément que vente des fruits rompt cens. » (Despeisses, *Œuvres*. Partie I^{re}, Du Louage. Sect. V.)

(1) Quelle était la coutume de Montpellier? Il est assez difficile de le dire : Giraud rapporte un texte et d'Aigrefeuille en cite un autre tout opposé. Voici celui de Giraud : Art. 82 : « Dominus vel locator domus, vel ejus nuntius pro eo, non potest inquilinum expellere de domo pro propria domini vel locatoris stagna, nisi conventio ad hoc reclamet.... » Mais d'Aigrefeuille écrit : « potest expellere ».

(2) 13 octobre 1803. Fenet, t. XI, p. 77.

(3) Fenet, t. II, p. 101.

(4) Fenet, t. XI, p. 77 (Art. 541 du nouveau projet).

nait au même. — L'art. 3 dont les conséquences avaient effrayé le Tribunal de Montpellier devenait l'art. 542 sous une forme légèrement différente : « Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labours, travaux et semences faits par les tiers (1). »

Le principe restait donc le même avec sa même exception. Il fut adopté sans explications au Conseil d'Etat, et Portalis, dans son exposé des motifs au Corps législatif, l'énonça ainsi : « C'est un principe constant chez toutes les nations policées que la propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, s'étend *sur tout ce que cette chose produit* » (2), et le légitima en disant : « Dans l'ordre et la marche des idées, c'est la nécessité de reconnaître le droit du cultivateur sur les fruits provenus de son travail et de sa culture, qui, au moins jusqu'à la récolte, a fait supposer et reconnaître son droit sur le fonds même auquel il a appliqué ses labours. C'est ainsi que d'année en année le cultivateur s'assurant les mêmes droits par les mêmes travaux, la jouissance s'est changée pour lui en possession continue et la possession continue en propriété. Il faut donc bien avouer que le propriétaire du fonds est nécessairement propriétaire des fruits, puisque c'est le droit originaire du cultivateur sur les fruits qui a fondé la propriété même du sol. De plus la propriété du sol serait absolument vaine si on la séparait des émoluments naturels ou industriels que ce sol produit » (3).

(1) Fenet, t. XI, p. 79 (Art. 542 du nouveau projet).

(2) Fenet, t. XI, p. 122.

(3) Fenet, t. XI, p. 122.

Le tribun Faure dans son rapport trouvait la distinction faite entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi « infiniment juste » (1). Grenier disait (2) que l'accession est « le principe complémentaire de la propriété ».

Voici pour le principe, voyons ce qu'on a dit de ses applications : l'art. 95 du titre de la vente, combattu par le Tribunal de Montpellier, avait disparu du projet. Le texte nouveau précisait même que le vendeur qui faisait usage du réméré devait respecter les baux passés par son acheteur (3). Il n'y eut aucune discussion (4), la question ne fut débattue ni dans les discours, ni dans les rapports (5).

L'autre application : l'acquisition des fruits du jour de la vente, fut maintenue et adoptée sans discussion (6) sans que les orateurs au Tribunat ou au Corps législatif y fassent la moindre allusion.

(1) Fenet, t. XI, p. 138.

(2) Dans son discours au Corps législatif, Fenet, t. XI, p. 166,

(3) Art. 93 du nouveau projet, § 2. V. Fenet, t. XIV, p. 16.

(4) Fenet, t. XIV, p. 33.

(5) Fenet, t. XIV, p. 127 (Exposé des Motifs au Corps législatif), p. 72 (Rap^t de Faure au Président) et p. 202. (Discours de Grenier au Corps législatif).

(6) Fenet, t. XIV, p. 27.

CHAPITRE VI

Prescription

I. — Le dernier titre du projet de Code (1) était consacré à la prescription, « moyen d'acquérir ou de se libérer par le temps, et sous les conditions déterminées par la loi » (2). Ces conditions étaient « une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de maître » (3), et un certain laps de temps.

Après avoir établi les causes qui empêchent de prescrire (4), celles qui interrompent ou bien suspendent la prescription (5), le projet consacrait donc un chapitre (6) au temps requis pour prescrire.

(1) Tit. XX du Liv. III. Fenet, t. II, p. 404.

(2) Art. 1^{er}.

(3) Art. 11. La possession étant « la détention d'une chose ou d'un droit que nous tenons en notre puissance, ou par nous-même, ou par un autre qui la tient en notre nom » (Art. 9).

(4) Chap. III.

(5) Chap. IV.

(6) Chap. V.

Suivant la nature de l'objet à prescrire (1); suivant la présence ou l'absence de celui contre lequel on prescrivait (2) ce temps était différent. C'est ainsi qu'il était de trente ans pour la prescription de toutes les actions, tant réelles que personnelles (3); — de cinq ans pour tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts (4); — l'action des ouvriers pour le paiement de leurs fournitures, journées et salaires se prescrivait par six mois (5), celle des avoués pour le paiement de leurs frais et salaires par deux ans (6), etc., (7).

Le laps de temps requis par la prescription d'un immeuble était de dix ans « si le véritable maître habite dans le ressort du Tribunal d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé » (8) et de vingt ans s'il était domicilié hors dudit ressort; enfin s'il habitait dans le même ressort une partie du temps et hors dudit ressort une autre partie, il fallait pour compléter la prescription ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence un nombre d'années double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence (9).

(1) Actions, tant réelles que personnelles; biens immobiliers; actions des maîtres et instituteurs par leurs leçons; celles des hôteliers, celles des ouvriers; celles des médecins, chirurgiens, apothicaires; celles des avoués; arrérages des rentes perpétuelles ou viagères; loyers de maisons, intérêts des sommes dues.

(2) La présence s'entendait dans le projet de la présence dans le ressort du Tribunal d'Appel de la situation de l'immeuble.

(3) Art. 43.

(4) Comme les arrérages de rentes, loyers des maisons, etc.; art. 58.

(5) Celle des maîtres et instituteurs pour les leçons qu'ils donnaient au mois; art. 52.

(6) Art. 54.

(7) L'action des médecins, etc., pour le paiement de leurs honoraires se prescrivait pour un an; de même celle des domestiques qui se louent à l'année, pour le paiement de leur salaire; art. 53.

(8) Art. 46.

(9) Art. 47.

Enfin l'article 60 énonçait la maxime célèbre : « En fait de meubles la possession vaut titre », avec son exception qui permettait à celui qui avait perdu ou auquel il avait été volé une chose, de la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol (1).

II. — C'est un appel à la simplicité que le Tribunal de Montpellier fait entendre une fois de plus, en présence « de cette foule de distinctions dont le droit romain fourmille sur cette matière », reproduite par le projet.

Il voudrait que le législateur jette dans un même moule toutes les lois relatives à ces matières de la restitution des fruits ou paiement des intérêts, de la prescription, qui ont beaucoup d'analogie entre eux et qui sont très fréquents dans la pratique.

« La différence de certains privilèges à l'égard des biens étant abolie, rien ne paraît plus simple et plus convenable que d'établir une règle unique en matière de prescription (2). » Le temps nécessaire pour prescrire serait toujours de trente ans. On ne devrait tenir compte ni de l'objet, sujet à la prescription, ni des titres, ni de la bonne foi du prescrivante, ni de l'absence ou de la présence de celui contre lequel on prescrit.

(1) « Contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. » L'art. 61 ajoutait : « Si le possesseur actuel de la chose perdue ou volée l'a achetée dans une foire ou marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. »

(2) Fenet, t. IV, p. 488.

Ce sont là des circonstances sans importance quand on comprend le motif et le but de la prescription : l'inquiétante incertitude sur le domaine des choses doit cesser, et le propriétaire négligent n'est que justement puni quand il est dépouillé de sa chose après une longue indifférence.

Ce sont des magistrats qui parlent, ils disent donc la répercussion immédiate du système proposé sur la pratique qui leur est familière. La maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre » est critiquée, de ce fait, par le Tribunal de Montpellier (1). Comment le propriétaire apportera-t-il la preuve si difficile du vol ou de la perte de sa chose mobilière ? (2) Cette maxime prise dans sa généralité conduit aux plus dangereuses conséquences en mettant le vol à couvert. Il faut donc la rejeter ou la restreindre à certains cas (3). De même en présence de tant de délais : « La difficulté de préci-

(1) Dans le § 1^{er} de son Rapport, Fenet, t. IV, p. 467.

(2) « La difficulté de cette preuve, qui n'est pas petite dans le cas de vol, est encore plus embarrassante dans le cas de la perte de la chose. »

(3) « Par exemple, quel inconvénient y a-t-il qu'en achetant un cheval, les parties passent une police de vente ? Alors le titre en vertu duquel on possède est justifié », par écrit, ou par témoins, suivant la valeur de la chose. « Le propriétaire originaire qui revendique la chose a pour titre son ancienne possession, ne pouvant en avoir d'autre, surtout si la chose ne lui a pas été transmise par autrui, s'il l'a trouvée parmi ses biens, ou si elle est, comme l'on dit, de son cru. — C'est à ces cas, et autres semblables, qu'il faudrait restreindre le principe *la possession vaut titre* ; mais lorsqu'il y a eu transmission de la chose mobilière, que, par exemple, un cheval n'est plus dans la maison du propriétaire originaire qui l'avait eu de ses propres juments, le dernier possesseur devrait justifier son titre, ou par écrits, ou par témoins, et alors la difficulté de justifier la perte ou le vol cesserait d'exister. — Ce même principe devrait recevoir exception lorsque les ventes ont été faites publiquement dans les foires et marchés..., etc. ; auxquels cas le propriétaire originaire serait tenu de rembourser le prix qu'elle a coûté, en justifiant néanmoins sa possession précédente, et sauf son recours contre le vendeur. »

sions à faire sur la différence des cas donne précisément lieu à des contestations dont la prescription devrait être le préservatif » (1). Il y aurait trop de preuves à apporter : « C'est ce que l'expérience fait sentir encore dans les mêmes pays de droit écrit dont il a été parlé ci-dessus (2). On y a adopté une législation plus simple et plus à la portée de l'intelligence vulgaire, approchant de la règle qui vient d'être tracée. »

III. — Le droit écrit avait en effet adopté cette simplicité : Serres indiquait dans ses *Institutions* (3) la distinction qu'il convenait de faire entre les pays de coutume qui suivaient en général la loi *usucapione transformanda*, tandis que la prescription de trente ans, *præscriptio longissimi temporis*, était la seule appliquée en pays de droit écrit pour l'acquisition des meubles ou des immeubles (4).

(1) Fenet, t. IV, p. 489.

(2) A propos de l'acquisition et de la restitution des fruits pendant la possession, V. Fenet, t. IV, p. 487, et notre chapitre V.

(3) Liv. II, Tit. VI, Pr.

(4) « Dans les pays de droit écrit on ne peut acquérir les immeubles, non plus que les meubles, que par une prescription de trente ans qui est appelée, en droit, *præscriptio longissimi temporis* parce qu'on a cru que la Nouvelle 119, cap. 7, d'où a été tirée l'authentique *malæ fidei, cod. de præscrip. decem vel viginti annorum*, exigeait encore, indépendamment du titre et de la bonne foi du possesseur, que le véritable propriétaire eût connu le droit qu'il avait sur la chose, ce qui ne se présume jamais; en sorte qu'on y juge constamment qu'il faut toujours trente années pour acquérir par prescription les choses qui de leur nature sont prescriptibles; et cette prescription de trente ans, qui met fin aussi à toute sorte d'actions, fait qu'on ne distingue pas non plus si le possesseur a eu un titre, ou s'il n'en a point eu, s'il a possédé de bonne foi ou de mauvaise foi, ni s'il a été présent ou absent; le tout conformément à la loi *sicut, cod. de præscrip. triginta vel quadraginta annorum*, Ferrieres, in *quæst.* 416. De Guypap. Bacquet, des

Ce droit si simple n'était-il pas trop simple ? N'est-ce point un tort d'assimiler le possesseur de mauvaise foi au possesseur de bonne foi ? La prescription d'un meuble peut-elle s'opérer comme celle d'un immeuble ? Le plus souvent il serait difficile au bout d'un laps de temps assez court de revendiquer un meuble, tandis qu'il sera facile de faire la preuve de ses droits sur un immeuble.

IV. — La section de législation du Conseil d'Etat ne modifia pas le projet, et le Conseil d'Etat l'adopta assez rapidement, presque sans discussion (1), dans sa séance du 7 pluviôse an XII. La voix du Tribunal de Montpellier n'eut ce jour-là aucun écho dans son enceinte. Cependant la dernière disposition du titre, rédigée après la communication officieuse au Tribunat, sans que celui-ci paraisse avoir influé sur sa rédaction, peut être considérée comme lui donnant en partie satisfaction puisque le droit écrit allait s'appliquer pendant un certain temps : « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes, stipulait en effet l'art 63 (2). »

droits de justice, chap. 21, p. 185 : Dunod, *traité des præscript.*, p. 194. » (Serres, *eod. loc.*) Il ajoute cependant que l'usage de la prescription de dix à vingt ans avait été conservé à l'égard des hypothèques des créanciers dont il est parlé dans le titre du Code *si adversus credit. præscript. oppositur* suivant lequel tout tiers acquéreur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, prescrit par la possession continue et non interrompue de dix ou de vingt ans, accompagnée de bonne foi, les hypothèques des créanciers sur l'immeuble par lui acquis. *Sic* Catellan, Liv. VII, chap. II et XXI.

(1) Autant que nous pouvons nous en rendre compte par les comptes rendus très secs sur cette question. V. Fenet, t. XV, p. 549.

(2) Fenet, t. XV, p. 572.

Bigot du Préameneu, dans son exposé des motifs au Corps législatif, expliqua la nécessité de considérer tous les intérêts en présence du propriétaire, du possesseur, des tiers ; l'impossibilité de confondre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (1) ; en outre, dit-il, « dans le cas où le propriétaire est présent, d'une part sa négligence est moins excusable, et d'autre part sa présence donne au nouveau possesseur une plus grande sécurité (2). »

Enfin « il est encore quelques prescriptions qui sont particulières au droit français et dont l'usage a fait sentir la nécessité », et à ce propos il rappela l'ordonnance de Louis XII de 1512 : « que les drapiers, apothicaires, boulangers, pâtisseries, serruriers, chaussetiers, taverniers, couturiers, cordonniers, selliers, bouchers ou distribuant leurs marchandises au détail, seraient tenus de demander leur paiement dans six mois, pour ce qui aurait été livré dans les six mois précédents, lors même que les livraisons auraient continué. » Ce genre de prescription fut établi sur les présomptions de paiement qui résultent du besoin que les créanciers de cette classe ont d'être promptement payés, de l'habitude dans laquelle on est d'acquitter ces dettes sans un long retard et même sans exiger de quittance, et enfin sur ces exemples trop souvent répétés de débiteurs et surtout de leurs héritiers, contraints, en pareil cas, à payer plusieurs fois (3). » — Il justifia la prescription concernant les arrérages de rentes par un autre rappel au droit ancien : « Elle n'est pas seulement fondée sur la présomption du

(1) Fenet, t. XV, p. 590, 591.

(2) Fenet, t. XV, p. 591.

(3) Fenet, t. XV, p. 594, 596.

paiement, mais plus encore sur une considération d'ordre public énoncée dans l'ordonnance faite par Louis XII en 1510 ; on a voulu empêcher que les débiteurs ne fussent réduits à la pauvreté par des arrérages accumulés : l'action pour demander ces arrérages au delà de cinq années a été interdite (1). »

Il rappela enfin que le droit romain accordait, sous le nom d'*interdictum utrubi*, une action possessoire à ceux qui étaient troublés dans la possession d'une chose mobilière, ce qui ne fut pas admis dans le droit français pour éviter « des procédures qui seraient sans nombre si l'on voulait suivre de main en main les objets mobiliers. Donc en fait de meubles la possession vaut titre (2). »

C'était justifier toutes les distinctions repoussées par le Tribunal de Montpellier.

L'opinion du Tribunat ne nous est pas entièrement connue : le rapporteur Savoye-Rollin n'ayant jamais remis son rapport après en avoir fait la lecture, le rapport n'a donc jamais été imprimé et n'est pas parvenu jusqu'à nous (3) ; les observations qu'il a faites lors de la communication officielle portent toutes sur des détails de forme. Dans son discours, Goupil-Préfeln s'est borné à faire un résumé du projet, sans critique, sans appréciation, on pourrait même dire sans commentaires.

(1) Fenet, t. XV, p. 598.

(2) Fenet, t. XV, p. 600.

(3) Fenet, t. XV, p. 602.

CHAPITRE VII

Hypothèques et Ventes forcées

I. — Les rédacteurs du projet de Code civil avaient de nombreux matériaux pour rédiger le titre des Hypothèques. Ils se trouvaient en présence de plusieurs systèmes successivement appliqués (1). Aussi la Commission se montra-t-elle embarrassée. Ce n'est qu'après de nombreuses discussions (2) qu'elle adopta le système de l'édit de 1771 (3) qui n'organisait pas la publicité des hypothèques, mais la procédure des lettres de ratification, afin de purger les immeubles après le transfert de propriété. Elle voulut simplifier les dernières lois sur la

(1) Celui des lois romaines, celui de l'édit de 1771, celui de la loi du 11 brumaire an VII. On peut citer encore celui du décret de messidor an III.

(2) « Après bien des méditations et plusieurs conférences, nous préférâmes l'édit (de 1771), sauf quelques améliorations dont nous le crûmes susceptible. » Maleville, *Analyse de la discussion du Code civil*, t. IV, p. 163.

(3) Cf. Fenet, t. II, p. 211.

matière parce que « des formes inquiétantes et indiscrètes perdent le crédit sans éteindre les fraudes; elles accablent sans protéger » (1). Elle essaya de concilier l'intérêt du fisc avec celui de la législation (2).

Quelles sont donc les dispositions auxquelles elle aboutit en partant de ces idées? (3).

Le projet énonçait, tout d'abord, la règle générale admise par les législations antérieures (4) que quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers, présents et à venir (5), et donnait aux créanciers la possibilité d'avoir certaines garanties (6), notamment l'hypothèque, droit réel sur les immeubles affectés au paiement d'une dette.

(1) *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 515.

(2) « Dans toutes ces institutions évitons les subtilités, ne multiplions pas les précautions onéreuses; cherchons à concilier l'intérêt du fisc avec celui de la législation. L'expérience démontre que dans les matières dont il s'agit l'excès des droits en diminue la perception et que le fisc ne peut faire le préjudice du citoyen, sans faire le sien propre. » *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 516.

(3) Nous ne les analyserons, comme toujours, que par rapport aux observations présentées par le Tribunal de Montpellier. Nous sommes donc obligé, pour suivre le plan que nous nous sommes imposé, de donner dans ce chapitre beaucoup de détails, à côté des principes généraux, en étudiant le projet, puisque c'est justement la multiplicité de ces détails qui est critiquée par le Tribunal de Montpellier. Cf. plus bas, p. 178 et sq.

(4) Cf. notamment pour la période révolutionnaire les projets de Cambacérès (1^{er} Projet, Liv. III, Tit. XI. 2^e Projet, Liv. III, Tit. XIV. 3^e Projet, Liv. III, Tit. XIV).

(5) Art. 1^{er} du Titre VI, *Des Privilèges et Hypothèques* du Livre III. Fenet, t. II, p. 211.

(6) Cf. art. 2: « Lorsque la même personne a plusieurs créanciers, tous ses biens sont leur gage commun et leur prix se distribue par contribution au marc le franc, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » — Art. 3: « Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques. »

de sa nature indivisible (1), qui suivait l'immeuble en quelques mains qu'il passe (2).

Il reconnaissait trois sortes d'hypothèques : l'hypothèque légale (3) ; l'hypothèque judiciaire résultant de plein droit des jugements et des décisions arbitrales exécutoires (4) ; l'hypothèque conventionnelle (5), œuvre des parties, mais forcément consentie dans un acte authentique (6). Toutes les trois étaient générales (7). Elles existaient sans qu'aucune mesure de publicité ne fût nécessaire.

Comment le projet permettait-il au créancier hypothécaire de réaliser sa créance, c'est-à-dire d'exercer son droit de suite et de préférence ?

Le Chapitre III était consacré à l'effet de l'hypothèque contre les tiers détenteurs (8) : « L'action hypothécaire ou privilégiée s'exerce contre le tiers détenteur, par une demande en déclaration d'hypothèque : il est tenu de payer le créancier à quelque somme que la

(1) « Elle subsiste en entier sur tous et chacun des immeubles affectés et sur chaque portion d'iceux. »

(2) Art. 12.

(3) Celle de la femme mariée sur les biens de son mari, existant du jour du contrat ou du jour du mariage en l'absence de contrat, sous n'importe quel régime. (V. art. 19, 20, etc.) ; celle des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs (art. 23) ; celle des communes et établissements publics sur les biens des receveurs et comptables (art. 28) ; celle de l'art. 27 contre le survivant des époux, ou les héritiers qui ont été chargés, par l'inventaire, des biens de la communauté ou de la commission, à compter du jour de la clôture de l'inventaire.

(4) Art. 29 à 37. .

(5) Art. 38 à 49.

(6) Art. 40. Mais un acte authentique n'emportait plus forcément hypothèque.

(7) Art. 14 ; sauf stipulation contraire pour les hypothèques conventionnelles.

(8) Chapitre III, *De l'effet des hypothèques contre les tiers détenteurs ; ou de l'action hypothécaire ;* art. 49 à 75. Fenet, t. II, p. 220.

créance monte, ou de laisser l'immeuble hypothéqué pour être vendu judiciairement » (1) et le délaissement qui se faisait obligatoirement au greffe et sur lequel intervenait un jugement pour le valider (2), ne pouvait pas être partiel (3).

Le projet réglait ensuite les causes d'extinction des privilèges et hypothèques : c'étaient les mêmes que pour l'engagement dont ils étaient l'accessoire, la renonciation du créancier (4), la prescription (5) et les moyens établis par la loi pour purger les privilèges et hypothèques (6), c'est-à-dire les lettres de ratification (7) et les adjudications sur saisies réelles (8).

Tous les propriétaires d'immeubles (9) qui voulaient purger les hypothèques et les privilèges dont ces immeubles étaient grevés étaient tenus de prendre, à chaque mutation, des lettres de ratification, au Tribunal dans le ressort duquel lesdits immeubles étaient situés (10). Ces lettres purgeaient les hypothèques et les privilèges de tous les créanciers des vendeurs, qui auraient omis de former opposition avant le sceau de ces lettres (11).

(1) Sauf le droit de discussion prévu à l'art. 52.

(2) Aux frais du délaissant, sauf son recours (art. 62).

(3) Art. 58.

(4) Art. 76 et sq.

(5) Art. 79 et sq.

(6) Art. 75.

(7) Titre VII.

(8) Titre VIII.

(9) « Soit en pleine ou nue propriété, soit en usufruit, par acquisition, échange ou actes volontaires translatifs de propriété à titre onéreux ou gratuit. » (art. 2, Titre VII).

(10) Liv. III, Titre VII, art. 2. Fenet, t. II, p. 225.

(11) Titre VII, Chap. I. *De l'effet des lettres de ratification et sur quels contrats elles peuvent être obtenues.* V. notamment art. 3 : « Ceux qui ont pris de semblables lettres ne sont plus tenus des dettes des précédents propriétaires,

Pour obtenir ces lettres de ratification (1) les formalités suivantes étaient requises : Dépôt par l'acquéreur de son contrat au greffe et mention dudit dépôt sur un registre à ce destiné (2), avec évaluation de l'immeuble (3); — dénoncé de ce dépôt au vendeur, avec sommation d'élire domicile dans la commune du Tribunal compétent (4) ; — affichage d'un extrait du contrat (5) pendant quatre-vingt-dix jours et mention de cet affichage en marge de l'acte de dépôt. — Pendant ce délai, les créanciers pouvaient enchérir ou surenchérir par soumission au greffe d'augmenter d'un dixième le prix de vente (6).

Pour conserver l'immeuble, l'acquéreur devait faire dans les 10 jours, à compter de l'expiration du délai de 90 jours, une surenchère du vingtième.

L'adjudicataire était tenu de payer le prix entier aux

en quelque sorte et sous quelque prétexte que ce soit, lorsque les créanciers ont négligé de former leur opposition dans la forme légale avant le sceau de ces lettres. » Mais ces lettres se bornaient à purger les privilèges et hypothèques, elles n'effaçaient point les droits de propriété, les charges et servitudes réelles. Elles ne couvraient point les vices et nullités du contrat (art. 4).

(1) Chap. III, *Du dépôt du contrat au Greffe et de l'affiche* ; Chap. IV, *Des enchères et surenchères* ; Chap. V, *De l'expédition et du sceau des lettres de ratification*.

(2) Art. 38.

(3) Art. 39, 40, 41.

(4) Art. 42. Et ce dans les 10 jours du dépôt. Si le vendeur n'élit pas domicile comme il en est sommé, « toutes les procédures, disait l'art. 44, pourront être faites valablement contre lui au domicile qu'il avait au jour du contrat de vente ».

(5) « Portant les nom, prénoms et demeure de celui qui aliène l'immeuble, et de celui au profit duquel il est aliéné ; leur état s'ils en ont, la désignation de cet immeuble, le prix et les conditions de l'aliénation, et, si le prix n'y est pas déterminé, on ajoute sur l'extrait la somme à laquelle il a été évalué. — Il est fait mention en marge de l'enregistrement du dépôt du contrat, du jour où l'extrait en a été affiché. »

(6) Chap. IV.

créanciers et de restituer à l'acquéreur les sommes légitimement déboursées.

Les créanciers, même les mineurs, les interdits, les femmes mariées sans qu'elles aient besoin d'autorisation, les absents, les agents ou préposés du gouvernement, les administrateurs des communes et de tous établissements publics (1), qui prétendaient avoir un droit de privilège ou d'hypothèque sur l'immeuble devaient former opposition au bureau de la Conservation des hypothèques de l'arrondissement dans lequel l'immeuble était situé (2), et ce par ministère d'un huissier (3).

L'adjudicataire devait se faire remettre par le greffier un certificat constatant le dépôt du contrat, l'affichage pendant le temps prescrit et le nom de l'adjudicataire (4), sur lequel le conservateur mettait aussitôt son visa et dans les dix jours à compter de la date de ce visa le conservateur des hypothèques était tenu d'expédier les lettres de ratification et de les remettre au greffe du Tribunal compétent pour les sceller (5).

Enfin, s'il y avait des oppositions subsistantes, mention devait en être portée dans les lettres de ratification qui dans ce cas ne seraient scellées qu'à la charge des

(1) Sauf leur recours ainsi que de droit contre ceux qui, étant chargés de l'administration des biens, auraient négligé de former opposition.

(2) Art. 17.

(3) V. Sect. III du Chap. II. Elles devaient contenir sous peine de nullité les prénoms, nom et demeure de l'opposant, son état, avec élection de domicile dans la commune du bureau du conservateur (art. 25), les nom, demeure du débiteur, son état (art. 28), mais il n'était pas utile d'énoncer le titre et le montant des créances (art. 27).

(4) Art. 63. En outre « si l'adjudicataire définitif est un enchérisseur il doit remettre au conservateur des hypothèques le procès-verbal constatant la réception de sa caution » (art. 64).

(5) Art. 66.

oppositions, sinon on les scellerait purement et simplement (1).

Aucune opposition ne pouvait être formée une fois les lettres scellées (2).

Ces formalités remplies, il restait à distribuer le produit de la vente entre les créanciers selon les règles du chapitre VII : Dans les quinze jours depuis le sceau des lettres de ratification l'acquéreur devait dénoncer à son vendeur toutes les oppositions formées au sceau de ces lettres (3).— Après quarante jours l'ordre était provoqué soit par le vendeur, soit par l'acquéreur, soit par les créanciers opposants. — On procédait à l'ordre et à la distribution devant le Tribunal de la situation des immeubles (4). Ce Tribunal commettait un juge devant lequel était ouvert un procès-verbal d'ordre au greffe et la distribution avait lieu suivant les règles indiquées au titre de la vente forcée (5).

Quelle était la procédure prévue pour la vente forcée (6) ? Il y en avait deux : l'une pour la saisie des

(1) Art. 68 : « Toutes les lettres de ratification remises au greffe par le conservateur des hypothèques doivent être rapportées et scellées les 9, 18 et 27 de chaque mois. — Lorsqu'un de ces jours se trouve un jour férié, les lettres sont rapportées et scellées la veille. » Elles étaient scellées par un juge nommé chaque mois par le Tribunal (art. 67).

(2) Art. 70. Le Chapitre VI déterminait les fonctions et limitait la responsabilité des conservateurs des hypothèques.

(3) Art. 79. « A peine contre l'acquéreur de toutes pertes, dépens, dommages et intérêts. »

(4) Art. 84.

(5) Titre VII, *Règles générales*, art. 112 à 125, *Formalités de l'ordre*, art. 125 à 136. Fenet, t. II, p. 263. Cf. plus bas, p. 168.

(6) « La vente forcée d'immeubles est celle qui se fait en justice par voie de saisie réelle, à la poursuite d'un créancier, à défaut de paiement » (art. 1^{er}). Le Titre VIII était consacré à la vente forcée. Son Chap. 1^{er} déterminait sur

immeubles d'une valeur inférieure à quatre mille francs, et l'autre pour les saisies d'immeubles d'une valeur supérieure.

Le chapitre III contenait les *dispositions communes à toute la procédure sur la vente forcée*. Mais les rédacteurs du projet avaient indiqué en note qu'il conviendrait de faire de ce chapitre et des suivants « une loi organique séparée, attendu que c'est l'expérience seule qui peut indiquer les avantages et les inconvénients des formes judiciaires ; qu'il ne serait pas moins nécessaire de former un tarif de tous les frais et salaires des greffiers, des avoués, des huissiers (1). »

Le chapitre IV était consacré aux règles de la saisie réelle. C'était les suivantes :

Un commandement de payer fait au débiteur (2). — Huit jours au plus tôt et trois mois au plus tard depuis le jour de ce commandement il devait être procédé à la saisie réelle (3) : Procès-verbal de la saisie était dressé par l'huissier (4) ; — Visa de ce procès-verbal par le juge de paix du lieu des immeubles (5) ; — Signification de ce procès-verbal au saisi (6) ; — Enregistrement de ce procès-verbal par le greffier sur un registre spécial et déli-

qui la saisie réelle peut être faite, le Chap. II, *sur quels titres et pour quelles dettes on peut saisir réellement*. Pour le surplus voir notre texte. Cf. Fenet, t. II, p. 240.

(1) Fenet, t. II, p. 243, note a.

(2) Ou à son domicile, — par ministère d'huissier.

(3) Elle devait être poursuivie devant le Tribunal du domicile du saisi même si tous les biens ne sont pas situés dans le ressort de ce tribunal ; devant le Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession si on saisit pour une dette de succession. Cf. art. 28.

(4) Contenant la date de la saisie, le nom, la demeure du saisissant, désignation du Tribunal compétent, celle des immeubles (art. 29).

(5) Art. 33.

(6) Du jour de cette signification il ne pouvait plus percevoir les fruits.

vance du récépissé ; — Affichage, dans les cinq jours de cet enregistrement, d'un extrait du procès-verbal sur un tableau à ce destiné (1) ; — Dépôt d'un extrait de ce même procès-verbal, dans les 15 jours de la date de sa clôture, au greffe de chaque justice de paix et de chaque tribunal de 1^{re} instance du lieu des immeubles et affichage jusqu'à l'adjudication définitive, en outre publication de cet extrait (2) ; — Dépôt au greffe du Tribunal, par le poursuivant, d'une copie du procès-verbal de l'huissier instrumentaire, et d'un certificat de chaque greffier, de la remise de l'extrait du procès-verbal de saisie réelle et de l'exposition qui en a faite au tableau, gratuitement par le juge de paix de chaque canton (3) ; — Nomination par le Tribunal, dans la huitaine de l'enregistrement, d'un séquestre à la requête du poursuivant (4) qui lui remet une copie du procès-verbal afin de le signifier à chaque fermier (5) ; — Assignation du saisi en validité de saisie (6).

Trois espèces d'oppositions pouvaient être faites à la vente forcée (7) : L'opposition afin d'*annuler*, par le

(1) Art. 39. Il devait contenir « la date du procès-verbal, les noms, demeures du saisissant et du saisi, leur état, le nom du Tribunal, l'avertissement à tous créanciers et prétendant droit de propriété ou autres, de former, au greffe du Tribunal, leur opposition, avec constitution d'avoué, et élection de domicile chez cet avoué pour tous actes de procédure ; désignation des biens saisis suivant les formes indiquées par l'art. 40, 5^o ».

(2) « Le même extrait est encore publié dans le même délai, au bruit du tambour, aux lieux et en la manière accoutumés, dans chacune des communes énoncées en l'avant-dernier article. » (art. 45.)

(3) Art. 47.

(4) Art. 54 et 55.

(5) Art. 58 et 59.

(6) Art. 79. « Le président commet un huissier pour cette citation et fixe le délai qui ne peut excéder dix jours... » — Sur l'opposition en cas de jugement de défaut et sur appel, v. art. 80 et suivants.

(7) Cf. Chap. V. *Des oppositions, et de l'ordre*. Fenet, t. II, p. 257.

tiers prétendant que la totalité de l'immeuble saisi lui appartenait, *ou de distraire* par celui qui prétendait que l'immeuble qui lui appartenait faisait partie de ceux saisis ; l'opposition à fin de *charge* par le tiers prétendant que le bien saisi était grevé envers lui de quelque charge réelle ; l'opposition à fin de *conserver* par un créancier pour être payé de ce qui lui était dû sur le prix qui proviendra de l'adjudication (1).

Nul ne pouvait être dispensé de former opposition (2).

Ces oppositions se faisaient au greffe du Tribunal où se poursuivait la saisie réelle (3).

Il fallait ensuite fixer l'ordre, c'est-à-dire la classe et le rang dans lesquels chacun des créanciers devait être payé sur les deniers provenant du prix et des revenus de l'immeuble vendu (4). Au premier rang venaient les créanciers privilégiés suivant la qualité de leur privilège ; ensuite les créanciers hypothécaires (5) ; enfin les créan-

(1) Elle était directe si c'était le créancier lui-même qui s'opposait, en sous-ordre lorsqu'elle était faite par un créancier du créancier du saisi. Art. 88.

(2) Pas même les mineurs, interdits, femmes mariées, sauf leur recours ainsi que de droit. Art. 89.

(3) Sur un cahier particulier à chaque saisie. Art. 90 sq. Pour la tenue de ce cahier v. art. 90. Sur le fond de l'opposition v. art. 91. Le projet réglait ensuite les formes des trois espèces d'opposition : Distinction II, *Des oppositions afin d'annuler ou de distraire*, art. 93 à 100 ; distinction III, *Des oppositions à fin de charge*, art. 100 à 104 ; distinction IV, *Des oppositions afin de conserver*, art. 104 à 112. — Nous ne croyons pas devoir analyser ces articles. Nous pensons donner dans notre texte suffisamment de détails sur les hypothèques et ventes forcées pour comprendre la pensée du Tribunal de Montpellier.

(4) Sect. II, art. 112, Fenet, t. II, p. 263.

(5) Art. 116. Il ne pouvait s'agir bien entendu que des créanciers hypothécaires qui avaient fait opposition. Les autres n'étaient pas connus et ne pouvant plus faire opposition, étaient forcément confondus avec les créanciers chirographaires.

ciers chirographaires qui étaient payés par contribution au marc le franc, sur les deniers restants (1).

L'ordre était volontaire lorsque les créanciers, par suite d'un contrat d'union, y avaient procédé dans la forme convenue, et exécutoire par l'homologation (2), sinon judiciaire, et en ce cas quinze jours au plus tard avant l'expiration des quatre-vingt-dix jours d'exposition de l'extrait du procès-verbal de saisie réelle, le poursuivant devait faire sommation aux domiciles élus chez les avoués, à ceux des opposants qui n'auraient pas produit leurs titres, de les produire, avant l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours, sous peine d'être forclos (3). A l'expiration du délai, le poursuivant obtenait, dans les dix jours, un jugement qui ordonnait de procéder à l'ordre et qui nommait un juge pour en dresser procès-verbal (4). Le poursuivant dénonçait ce procès-verbal au saisi et aux opposants, dans les huit jours de sa clôture (5).

Après que le juge commis avait ajouté au procès-verbal d'ordre les réclamations faites, il en ordonnait le renvoi à l'audience; le poursuivant citait à cette audience les opposants qui avaient réclamé pour y être statué en présence du saisi et de l'avoué du créancier hypothécaire dont l'opposition aux hypothèques est de la date la plus ancienne (6).

(1) Art. 118. Cf. les art. suivants pour les créances à terme, etc...

(2) Art. 125.

(3) Art. 127, 128.

(4) Art. 129, et ce dans un délai très court (art. 130). Ce jugement était en dernier ressort.

(5) En même temps sommation était faite d'en prendre connaissance dans les 15 jours au greffe ainsi que des oppositions, pièces et requêtes y relatées et d'y remettre les observations et conclusions qu'ils aviseront.

(6) Art. 132, 133.

Le même jour où le procès-verbal d'ordre était présenté par le poursuivant à l'homologation, le tribunal devait prononcer le congé d'adjuger (1).

Le poursuivant signifiait au saisi le jugement qui prononçait le congé d'adjuger et déposait, au greffe, le cahier contenant les conditions et charges de l'adjudication (2).

Ensuite avait lieu l'affichage (3) d'un extrait du procès-verbal de saisie-réelle et du jour fixé pour l'adjudication; et de la notification du congé d'adjuger aux greffiers des tribunaux de 1^{re} instance et de justice de paix dans le ressort desquels se trouvaient des immeubles saisis (4).

Le trente-cinquième jour depuis celui du congé d'adjuger était signifiée au saisi la copie du procès-verbal des dites publications et affiches; en même temps assignation lui était donnée d'avoir à comparaître à l'audience le quarantième jour depuis le congé d'adjuger à l'effet de proposer ses moyens de nullité (5), le jugement à intervenir étant définitif et sans recours (6).

Le jour de l'adjudication étant arrivé, lecture était

(1) Art. 136. « C'est-à-dire qu'il ordonne que le cinquantième jour depuis celui où a été rendu ce jugement, il sera procédé à l'adjudication du bien saisi, dans les formes ci-après prescrites. » Ce jugement était rendu sur simple requête du poursuivant. On ne pouvait l'attaquer par aucun moyen. Voir en outre art. 138, 139 et 140, pour le cas d'insuffisance du prix.

(2) Art. 141. La mise à prix étant de douze fois le revenu annuel de l'immeuble d'après la matrice du rôle de la contribution foncière.

(3) Dans les 15 jours. Art. 142.

(4) Art. 143. Dans les mêmes communes il était fait aux bruits du tambour trois publications de l'affiche. (Art. 144.)

(5) Art. 145.

(6) Art. 146. « S'il y a des moyens de nullité admis, le jugement ordonne la remise de l'adjudication à pareil délai de cinquante jours et que les formalités ci-dessus prescrites pour le congé d'adjuger seront de nouveau remplies. » (Art. 147.)

donnée du placard, du cahier des charges et le Tribunal ouvrait les enchères en faisant allumer successivement les bougies (1).

Le cahier des charges indiquait si le prix devait rester en tout ou en partie dans les mains de l'adjudicataire ; sinon il était consigné dans les dix jours depuis non compris celui de l'adjudication (2) en présence du saisi ou du poursuivant, ou eux dûment appelés.

Faute par l'adjudicataire de consigner, il était procédé à la revente sur folle enchère sur trois publications à l'audience, placards préalablement apposés (3), après signification à l'adjudicataire de l'ordonnance indicative du jour de la revente (4).

Enfin le chapitre VII prévoyait certaines précautions pour que le paiement ait lieu au créancier véritable (5).

Lorsque l'immeuble avait une valeur maxima de 4,000 francs (6), le créancier ou le débiteur pouvait demander que la vente soit faite sur simples publications. La procédure était alors réduite aux formalités suivantes :

(1) De manière que chacune ait une durée d'environ cinq minutes. Art. 148. Cf. pour la durée et le nombre des feux, art. 149, 150, le montant des enchères, art. 151.

(2) Art. 159.

(3) Art. 161.

(4) « Si le prix d'adjudication sur folle enchère est inférieur au prix de la première adjudication, le fol enchérisseur est garant du déficit, s'il y a excédent il n'en profite pas. » (Art. 102.)

(5) Fenet, t. II, p. 271. Chaque créancier devait affirmer que sa créance était sincère et qu'il ne prêtait pas son nom au débiteur (art. 165). L'adjudicataire ou le consignataire était tenu de payer conformément à l'extrait de collocation. (Art. 168.)

(6) Cette valeur était calculée d'après la matrice du rôle de contribution et en calculant sur le pied de quinze fois le revenu. (Art. 169.)

Une citation du saisi à bref délai, à la suite de laquelle le Tribunal statuait sur la validité de la saisie et ordonnait que les biens saisis seraient adjugés au jour indiqué, dans un délai suffisant pour remplir les formalités suivantes (1) : Dans les trois jours du jugement, dépôt au greffe du cahier contenant la mise à prix, les charges et conditions de la vente, la désignation de l'immeuble ; — publication de cette enchère, 3 fois à l'audience (2) ; — affichage d'un placard contenant l'indication du tribunal compétent, le jour de l'adjudication, l'indication du poursuivant et du saisi, la désignation de l'immeuble ; — notification de l'affichage et de la publication au saisi (3).

La vente sur publications ne purgeait ni les droits de propriété des tierces personnes, ni les privilèges ou hypothèques des créanciers (4).

II. — Le projet prévoyait donc un système où l'hypothèque était générale et occulte ; nulle publicité pour avertir les tiers n'était requise pour la conservation de l'hypothèque. Aussi tout acquéreur d'immeuble se

(1) Art. 170.

(2) « Savoir : la première fois à l'expiration de la première quinzaine, depuis le jugement rendu ; la seconde à l'expiration de la seconde quinzaine, et la troisième à l'expiration de la troisième quinzaine. » (Art. 172.)

(3) Le jour de l'adjudication le saisi faisait valoir ses moyens de nullité. Le tribunal statuait. S'il y avait nullité le Tribunal fixait un autre jour. (Art. 175.) — S'il ne se trouvait pas d'acquéreur au-dessus de la mise à prix le Tribunal ordonnait une remise à quinzaine, avec nouvelles affiches. — S'il n'y avait toujours pas d'enchères, l'adjudication était faite à un prix inférieur pourvu qu'il ne soit pas moindre des trois quarts. (Art. 176.)

(4) Art. 178.

trouvait-il dans l'obligation de purger l'immeuble des hypothèques qui le grevaient peut-être à son insu ; et toute transmission d'immeuble était suivie de la procédure des lettres de ratification.

Un semblable projet constituait un retour en arrière et à l'édit de 1771. La publicité organisée par les lois de messidor an III et de brumaire an VII était abandonnée.

Si l'on a pu discuter sur l'application du décret de messidor an III et soutenir qu'il n'avait jamais été observé, ou bien qu'il n'avait pas été suivi partout (1), nul doute n'existe quant à l'observation de la loi de brumaire. Au moment de la rédaction du projet de Code civil elle était en vigueur et nous pouvons supposer qu'elle avait été reçue sans difficulté puisque les projets de Cambacérès ne l'avaient pas modifiée et s'y référaient purement et simplement (2).

(1) Cf. Guillouard, t. I, p. 46, et Edgar Blum, *Les Essais de réforme hypothécaire sous l'ancien régime*, p. 203 à 216.

(2) Cf. l'art. 11 du Titre XII du Liv. XIV de son 1^{er} Projet : « La loi ne reconnaît plus aucune hypothèque tacite » (Fenet, t. I, p. 96), et le soin d'appliquer cette maxime est confié d'après l'art. 26 à un décret particulier. Voici ce que Cambacérès écrivait dans son rapport à ce sujet : « Nous vous proposons d'abolir l'hypothèque tacite, comme affectant les biens d'une manière invisible et entraînant avec elle les plus graves inconvénients. A l'avenir l'hypothèque résultera d'un acte authentique ou d'une condamnation judiciaire, et au moyen d'une inscription sur des registres publics, les droits des créanciers seront à l'abri de toute atteinte. » (Fenet, t. I, p. 10.) — Dans le rapport qui précède son 2^{me} Projet il n'a rien écrit. Mais il a maintenu le même principe dans le projet : « Il n'y a point d'hypothèque tacite », stipulait l'art. 295 (Fenet, t. I, p. 138), « hypothèque inscrite dans le mois de la date de l'acte ou du jugement a rang du jour de sa date. — Après le mois elle n'a rang que du jour de son inscription », précisait l'art. 289. (Fenet, t. I, p. 138); — Cf. sous le Titre XVII du Liv. III de son 3^{me} Projet : il ne rédigeait aucun article mais écrivait ces mots, en indiquant dans une note l'état de la législation : « La législation en cette matière a été réglée par les lois des 9 messidor de l'an III et 21 nivôse an IV. — Nous n'aurions eu qu'à placer sous ce titre les articles de ces deux lois si le Corps législatif n'eût décrété, le 26 frimaire dernier, que le terme du 1^{er} nivôse indiqué dans les art. 1^{er}, 255,

On peut donc s'étonner que la commission l'ait abandonné. D'autant plus que l'édit de 1771 n'avait pas été accepté sans hésitations et sans peine par les Parlements (1). Ceux des pays de droit écrit en particulier avaient adressé des remontrances (2). Celui de Toulouse ne l'avait d'ailleurs enregistré qu'avec des modifications, après des lettres de jussion et d'« itératives représentations. » (3). Le Roussillon n'appliqua pas l'édit, même

264, 268, 276 du décret du 9 messidor était prorogé au 1^{er} germinal prochain et que le terme du 30 ventôse, indiqué dans l'art. 267, ne serait fixé qu'après un nouveau rapport de la commission sur l'ensemble du Code hypothécaire. — Cette décision peut amener des changements dans ce Code. — Il est donc indispensable d'attendre qu'il intervienne une loi sur le rapport demandé à la commission. » (Fenet, t. I, p. 325.)

(1) Edgar Blum, *loc. cit.*, p. 132.

(2) Le Parlement de Toulouse soutint que les décrets volontaires n'étaient pas connus dans son ressort (Arch. Nat., K. 871-36, 37); le Parlement du Dauphiné avait fait observer que la plupart des auteurs étaient hostiles à la procédure des décrets (Arch. Nat., K. 871-11); celui de Bordeaux, que la procédure des décrets était inconnue dans son ressort (Arch. Nat., K. 871, 7); de même celui de Provence (Arch. Nat., K. 871-32 bis); en Béarn, le Conseil souverain de Perpignan déclara que les criées étaient inconnues et que d'Aguesseau avait vainement tenté d'introduire cette pratique en Roussillon (Arch. Nat., K. 871-34). Cf. Edgar Blum, p. 136, 143.

(3) A la fin de son *Commentaire sur l'édit de 1771*, Grenier reproduit la Notice des époques des enregistrements de l'édit aux différents Parlements et Conseils souverains et des modifications qui y ont été mises, telle que la cite Boucher d'Argis. Voici ce qui se rapporte à la région : Toulouse : « L'enregistrement a été fait le 7 septembre 1772 à charge : 1^o que les lettres de ratification mentionnées aux art. 1, 6 et autres de l'édit n'auraient lieu que pour les contrats translatifs de propriété à titre onéreux ; 2^o que les oppositions mentionnées aux art. 25, 26 et autres de l'édit seraient faites aux frais des débiteurs ; 3^o qu'il serait loisible, non seulement aux créanciers du vendeur, mais même à toutes autres personnes, de faire telles enchères qu'ils aviseraient sur les immeubles exposés en vente, sans être tenues de les porter à une quote fixe en sus du prix porté pour le contrat d'aliénation, et que les dits immeubles seraient délivrés au dernier enchérisseur » (p. 450) : — Perpignan : « Lorsque l'édit a été adressé au Conseil souverain de Perpignan, il a adressé au roi des représentations dans lesquelles il s'est efforcé de démontrer l'impossibilité d'exécuter l'édit dans le ressort du Conseil auquel les édits de criées n'ont jamais été envoyés, dans une province où les décrets

après son enregistrement (1), aussi fut-il retiré (2). Les Etats de Languedoc réclamèrent sa suppression (3).

La loi de brumaire était en opposition avec l'édit de 1771 puisqu'elle créait nettement la publicité de l'hypothèque, en stipulant que « l'hypothèque ne prend rang et les privilèges et les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres publics à ce destinés » (4), et en faisant dépendre l'existence de l'hypothèque de son inscription (5). L'inscription, et non plus la date du contrat, fixait la priorité de l'hypothèque (6). Au lieu du feuillet réel pratique pour les recherches créé par le décret de messidor, la loi de brumaire prenait pour base d'inscription le nom du propriétaire.

La loi de brumaire organisait la purge des privilèges et hypothèques de la manière suivante :

Tout acquéreur de biens et droits susceptibles d'hypothèques devait, pour acquérir vis-à-vis des tiers la pro-

volontaires sont inconnus, et où même le décret forcé ne purge pas les hypothèques, s'il n'est suivi d'un dépôt réel ou complet. Malgré ces considérations, des ordres réitérés du roi ont prescrit l'enregistrement, et il a été fait le 24 janvier 1772. Cependant l'administration s'étant convaincue depuis de l'impossibilité d'exécuter la loi de 1771, il n'y a eu aucun établissement de fait en conséquence, et l'édit ainsi que les lois publiées postérieurement en interprétation de la première sont regardés comme non avenus en Roussillon. » (p. 453.)

(1) Cf. note précédente.

(2) A partir de 1775 vraisemblablement. Cf. Edgar Blum, *loc. cit.*, p. 155.

(3) Ils déclaraient qu'il dérogeait aux principes de la prescription romaine, qui était de dix ans et ne courait pas contre les pupilles, à la jurisprudence du Parlement de Toulouse qui accordait aux créanciers de la femme, antérieurs au mariage, un privilège sur la dot moyennant une dénonciation à elle faite avant le mariage (Arch. Nat., K. 871-118). Les représentations furent envoyées en 1781. Cf. Edgar Blum, *loc. cit.*, p. 154 et la note 5.

(4) Sauf les exceptions prévues à l'art. 11.

(5) « L'hypothèque existe, mais à charge de l'inscription... » (Art. 3.)

(6) Art. 14, 4°.

priété desdits biens et droits, mais avec les dettes et hypothèques dont l'immeuble était grevé, faire transcrire sur les registres de la conservation des hypothèques de l'arrondissement de leur situation, les actes translatifs.

Pour purger l'immeuble, l'acquéreur était tenu de notifier aux créanciers privilégiés et hypothécaires, dans le mois de la transcription : 1° son contrat de mutation ; 2° le certificat de transcription ; 3° l'état des charges et hypothèques avec déclaration qu'il les acquittera sur-le-champ jusqu'à concurrence du prix stipulé dans son acte (1). — Tout créancier dont l'hypothèque était inscrite régulièrement pouvait alors requérir la mise aux enchères de l'immeuble, à charge : 1° de le déclarer à l'acquéreur ; 2° de faire une première surenchère du vingtième. — Faute de cette déclaration et de cette soumission la valeur de l'immeuble demeurait définitivement fixée au prix stipulé au contrat de mutation et l'acquéreur était libéré de toutes charges et hypothèques en payant ledit prix aux créanciers en ordre pour le recevoir. — En cas de revente sur enchères on suivait la procédure de l'expropriation forcée (2) organisée par une autre loi du 11 brumaire : la vente provoquée par les créanciers de l'acquéreur qui a déclaré ne vouloir rembourser que jusqu'à concurrence du prix stipulé était précédée d'une dénonciation judiciaire au vendeur, de la réquisition desdits créanciers, avec sommation de rapporter dans les dix jours mainlevée des inscriptions excédant le prix de la vente.

En communiquant aux magistrats le projet de Code on

(1) Art. 30.

(2) Art. 33.

leur demandait donc de choisir entre deux législations qu'ils avaient probablement appliquées toutes deux, et qui, toutes deux, avaient donné lieu à des débats longs et passionnés.

Aussi peut-on remarquer l'abondance des observations des Tribunaux sur ce point. Quelques-uns, sans doute, en petit nombre (1), ont présenté des observations sans importance. Mais plus nombreux sont ceux qui ont rédigé de longues et multiples observations. Et, parmi ceux-ci, certains se sont montrés nettement hostiles à l'édit de 1771 et aux lettres de ratification, dont on proposait la restauration, et partisans des lois de brumaire an VII (2), telles qu'on les appliquait, ou légè-

(1) Par exemple : celui de *Nîmes* (Fenet, t. V, p. 21) ; ou celui de *Nancy* (Fenet, t. IV, p. 612) ; celui d'*Orléans* (Fenet, t. V, p. 65), etc.

(2) Certains ont présenté un rapport particulier sur la question, ou des observations générales : celui de *Bruxelles* (Fenet, t. III, p. 292) qui a rédigé un véritable mémoire sur les systèmes en présence, pour montrer la supériorité de la loi de brumaire an VII sur le Titre VI du Projet ; — celui de *Lyon* (Fenet, t. IV, p. 213) qui a rédigé un nouveau projet à la suite de longues observations ; — celui de *Metz* qui s'en référait purement et simplement aux discours des législateurs qui ont établi la loi du 11 brumaire an VII, et, chose curieuse, car on peut se demander comment il les connaissait, aux « discussions approfondies de la majeure partie des Tribunaux d'appel, qui donnent à juste titre la préférence à cette loi » (Fenet, t. IV, p. 398), parce que « éclairé par l'expérience, pénétré des bons effets que cette loi a produits, (il) n'hésite pas à croire que le régime hypothécaire qu'il s'agit d'établir doit être basé sur les mêmes principes : publicité et spécialité » (p. 399) ; — celui de *Grenoble* qui ajouta à son rapport des « *Observations générales sur les Titres VI, VII et VIII du Liv. III relatifs aux privilèges et hypothèques et à la vente des immeubles* » (Fenet, t. III, p. 574).

D'autres ont seulement réuni leurs observations sur les Titres VI, VII et VIII, tel le Tribunal de *Paris* (Fenet, t. V, p. 243) qui se montrait peiné autant que surpris de voir abandonner une loi aussi mûrement réfléchie et délibérée avec tant d'éclat ; tels ceux de *Rennes* (Fenet, t. V, p. 382), de *Poitiers* (Fenet, t. V, p. 306) ; tel celui de *Rouen* (Fenet, t. V, p. 503, 523) qui faisait au projet le grand grief d'être beaucoup trop compliqué : « les formes du projet sont lentes, obscures, compliquées : celles de la loi du 11 brumaire sont simples, lumineuses, rapides »).

ment modifiées (1) ; d'autres ont fortement critiqué le projet et ont demandé un nouveau projet sur d'autres principes, sans les indiquer (2).

Quelle a donc été l'opinion du Tribunal de Montpellier ?

III.— En présence des formalités de la procédure des lettres de ratification et de celle des ventes forcées, le Tribunal de Montpellier reproche au projet de manquer de simplicité. Aussi dans le § 2 de son rapport, sans s'arrêter au détail des observations particulières, mais en jetant sur l'ensemble un coup d'œil rapide, il présente « quelques observations générales » et indique « quelque moyen de simplifier les dispositions trop compliquées de cette intéressante matière » (3).

En faveur d'un système plus simple il fait valoir deux raisons : une raison d'ordre pratique : « tout est entraves, tout est obstacle pour le créancier qui veut assurer son droit, ou qui agit pour obtenir le paiement de ce qui lui

Certains ont simplement manifesté leur hostilité au système proposé et leur préférence pour celui de la loi de brumaire, comme celui de *Caen* (Fenet, t. III, p. 433) ou celui de *Douai* (Fenet, t. III, p. 518).

Le Tribunal de *Cassation* (Fenet, t. II, p. 607), après avoir réuni aussi les Titres VI, VII et VIII pour les étudier ensemble et avoir présenté un nouveau texte consacrant les principes opposés à ceux du projet de Code, présenta des observations sous les articles de ce projet, tout en étant assuré qu'il ne pouvait pas être voté avec de tels principes (p. 692).

(1) Tribunaux de Poitiers, de Metz, de Rouen par exemple.

(2) Le Tribunal de *Toulouse* (Fenet, t. V, p. 588) notamment, après avoir présenté de multiples observations sous les articles du projet, écrivait dans des *Remarques générales* : « Il (le projet) a besoin d'être remplacé par un nouveau projet.— En effet, les droits de propriété y sont entièrement méconnus... les formalités y sont trop multipliées et trop rigoureuses... » (p. 605), celui d'*Aix* (Fenet, t. III, p. 63).

(3) Fenet, t. IV, p. 489, 490.

est dû » (1), donc les hommes seront écartés des affaires et ne contracteront pas entre eux aussi souvent qu'il conviendrait ; — ensuite une raison d'équité et de justice : toutes les formalités proposées ont pour but, ou bien la conservation des droits des créanciers négligents ou inactifs (2), ou bien la protection du débiteur. Le résultat c'est que « la loi n'offre que rigueur et qu'embaras à celui qui est forcé d'employer son ministère pour retirer son bien des mains de la mauvaise foi ou de la négligence qui cherche à s'en utiliser » (3). Et cependant, « si la faveur peut être de mise, ne devrait-elle pas plutôt venir au devant du créancier en souffrance, et qui réclame un bien dont il est privé,... » et du créancier diligent qui poursuit en justice le paiement de ce qui lui est dû?... (4).

Ces considérations sont suffisantes pour « faire diminuer la rigueur des règles et réduire l'effrayante multitude des formalités sur ces matières. La loi ne devrait les introduire que dans la proportion rigoureuse du besoin pour prévenir les fraudes et les surprises ».

Quelles sont donc les formalités nécessaires et suffisantes que la loi doit prévoir ?

Pour les hypothèques, le but serait rempli par l'inscription du contrat aux registres publics du bureau de l'arrondissement de l'assiette des immeubles affectés

(1) Fenet, t. IV, p. 490. Il accuse les formalités d'être « multipliées, fatigantes et ruineuses. »

(2) Fenet, t. IV, p. 490.

(3) Fenet, t. IV, p. 490.

(4) Le créancier négligent ne mérite aucune sympathie surtout lorsqu'il « juge à propos, le plus souvent de se tenir en arrière, pour obtenir sans peine un meilleur résultat » : Fenet, t. IV, p. 490.

aux obligations. Les recherches seront ainsi facilitées (1). Cette inscription pourrait faire mettre de côté « toutes les procédures tendant à purger les hypothèques, et à obtenir à grands frais la sûreté qu'elle procure, en prévenant la fraude et la surprise ».

Enfin le Tribunal ajoute ce vœu : « Il serait à souhaiter que le fisc n'eût point de droits à percevoir sur un objet de sûreté et de tranquillité publique. »

Pour les saisies réelles et ventes forcées d'immeubles il faut prendre un moyen terme entre l'ordonnance de 1667 (2) et le projet. Il faut donc combiner ces deux systèmes, de façon que le système adopté soit « plus simple et d'une exécution plus aisée que celui tracé dans le projet de Code » (3). Et le Tribunal propose pour toutes les ventes la combinaison de la procédure prévue au Chapitre VIII du projet, relative aux ventes forcées des immeubles d'une valeur moindre de 4.000 francs, avec celle de l'ordonnance de 1667. Le saisi serait suffisamment averti, les délais assez longs. Aucune fraude ne serait à craindre. — « Et qu'aurait-il à risquer le saisi, si la loi lui accordait le bienfait de la rescision pour lésion d'outre moitié du prix ? » (4).

« Du reste, poursuit le Tribunal, les ventes forcées devraient seules purger les hypothèques, par le seul

(1) Le Tribunal fait valoir l'avantage de cette procédure sur la publicité du contrat et son enregistrement ordinaire : on ne peut pas se tromper sur le lieu de dépôt.

(2) Que veut dire le Tribunal ? Veut-il parler de l'ordonnance de 1607 *Sur la réformation de la justice* et spécialement de son titre XXXIII *Des saisies et exécutions, et ventes des meubles, grains, bestiaux et choses mobilières* ? ou bien veut-il parler de l'édit des criées de 1551 ? Cf. plus bas, p. 182.

(3) Fenet, t. IV, p. 492.

(4) *Eod. loc.*

effet de la consignation du prix, avantage qui leur attirerait sans contredit plus de faveur. »

Pour concilier les droits des créanciers opposants et de ceux qui n'auraient fait aucune opposition, ceux de l'adjudicataire et du créancier poursuivant, le Tribunal propose deux distributions des prix de ventes : l'une provisoire et moyennant caution, l'autre définitive (1).

IV. — Il est assez curieux de noter le laconisme relatif du Tribunal de Montpellier. Il a critiqué le projet, mais sans entrer dans la discussion fameuse des mérites et des inconvénients de la loi de brumaire et de l'édit de 1771. Il a seulement témoigné, en passant, son attachement à la loi de brumaire, sans la nommer, parce qu'il la trouvait plus simple. En cela il avait raison. Mais il aurait pu accorder quelques développements à la question controversée de la publicité et à celle de la spécialité. — Sur cette dernière il est resté muet. Et il n'a rien dit sur l'édit de 1771 qui paraît cependant avoir été critiqué dans les pays de droit écrit et dans le ressort du Parlement de Toulouse et du Conseil souverain de Perpignan.

(1) « Si la sentence d'ordre était déjà rendue lors de l'adjudication, la distribution provisoire pourrait être faite sur le champ, dans l'ordre et de la manière prescrits dans ce jugement. Le créancier à qui le prix serait provisoirement distribué moyennant caution, en serait nanti à ce titre ; et si dans l'année, il ne se présentait pas de créanciers antérieur ou privilégié, la distribution du prix deviendrait définitive et la caution serait déchargée. Si au contraire la sentence d'ordre n'était pas encore rendue lors de l'adjudication, le prix resterait consigné entre les mains du receveur des consignations, pour être distribué ensuite de la manière qu'on vient d'indiquer. Mais, dans tous les cas, la seule consignation du prix, comme il a été dit, devrait purger les hypothèques... » Fenet, t. IV, p. 492 et 493.

Nous ne comprenons pas, d'autre part, son renvoi à l'ordonnance de 1667, en matière de saisie immobilière. L'ordonnance de 1667 sur la réformation de la justice, ou Code Louis, n'a rien prévu en matière de saisie immobilière. Faut-il croire que le Tribunal de Montpellier renvoyait à la procédure du Titre XXXIII sur les saisies mobilières? Peut-on supposer que des magistrats aient admis aussi facilement, par désir de simplicité, la même procédure pour la saisie des meubles, forcément plus rapide pour empêcher le débiteur de faire disparaître un gage mobilier, et la saisie des immeubles? — Ou bien faut-il relever une erreur matérielle dans le rapport du Tribunal? Est-ce bien à l'ordonnance de 1667 que pensaient les magistrats de Montpellier, n'était-ce pas à l'ordonnance de 1551, à l'*Edit des criées*?

V. — La section de législation fut très embarrassée quand elle arriva à l'examen du Titre des privilèges et hypothèques. Ses membres se divisèrent (1). Elle fut donc obligée de rompre avec sa méthode habituelle de travail : au lieu de rédiger un texte nouveau, après avoir discuté sur le projet, et de le soumettre à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, elle nomma deux rapporteurs : l'un favorable à la loi de brumaire an VII, qui alors en vigueur avait été abandonnée par le

(1) » Après plusieurs délibérations les voix ont été comptées, dit Réal. — Huit membres assistaient à la délibération. — Quatre d'entre eux ont opiné pour la conservation du système actuel, modifié dans quelques détails. — Deux autres ont voté pour le projet ; deux autres ont d'abord déclaré n'avoir point d'avis, et leur voix a cependant été comptée au nombre de celles qui votaient pour le projet. — Il a été résolu que les deux projets seraient présentés au Conseil. » (Fenet, t. XV, p. 282.)

projet, un autre favorable au système proposé par la commission de rédaction du projet. C'est par la lecture de leur rapport que la discussion commença au Conseil d'Etat (1). Lorsque les principes essentiels furent adoptés on rédigea un texte (2) qui fut soumis à la discussion dans les séances suivantes (3) et communiqué au Tribunal.

Le premier rapport présenté fut celui de Bigot du Préameneu en faveur du projet de Code civil copié sur la législation ancienne.

Bigot du Préameneu parlait de cette idée que le principe fondamental (4) était que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir ». Quant aux droits des créanciers entre eux, ils doivent être réglés sur les principes d'équité. Il faisait alors la distinction des trois sortes de créanciers ; le créancier hypothécaire ayant, « du moment où l'engagement était contracté, un droit réel sur le bien hypothéqué, droit considéré comme un accessoire à l'engagement et qui conséquemment s'appliquait aux biens pré-

(1) A la séance du 12 pluviôse an XII (2 février 1804.) V. Fenet, t. XV, p. 283.

(2) Fenet, t. XV, p. 326.

(3) Cette discussion, de même que celle engagée sur les principes, fut longue et serrée. Les systèmes en présence étaient soutenus avec beaucoup d'énergie par leurs partisans réciproques. — Comme toujours nous nous arrêtons dans l'analyse de la discussion que nous faisons, seulement aux points se rattachant aux observations du Tribunal de Montpellier. Celui-ci ayant demandé la publicité sans présenter d'arguments, sinon celui de la simplicité et de la bonne foi, nous éviterons de donner tous les détails de la discussion ; nous les résumerons en note à titre documentaire. Nous laisserons notamment de côté la discussion sur la publicité des hypothèques légales, et celle sur la spécialité dont le Tribunal de Montpellier n'a pas parlé. — On pourra voir une analyse de la discussion générale dans Guillouard, *Traité des Privileges et des Hypothèques*, t. I^{er}, p. 49 et suivantes.

(4) « Rappelés en tête de tous les projets de loi sur les hypothèques. »

sents et aux biens futurs (1). » Il concluait qu'il était impossible d'altérer cette théorie « sans porter atteinte à l'ordre public et spécialement au droit le plus sacré de tous, celui de propriété (2). »

Tandis que les législations passées les avaient respectés, le système qu'on leur oppose rompt avec eux et se présente comme « une effrayante innovation (3). »

Aussi combattait-il la publicité des hypothèques, néfaste dans ses origines puisqu'elle a été établie dans l'intérêt du fisc (4), néfaste encore et inutile si l'on considère ses

(1) Fenet, t. XV, p. 224.

(2) En faisant l'historique des législations anciennes, Bigot du Préameneu montrait que telle était la législation romaine et que les changements qu'elle avait essuyés en France avant la loi de brumaire an VII n'avaient rien de contraire à ces principes ; la règle *Meubles n'ont point de suite pour Hypothèque*, était la conséquence forcée de la difficulté qu'il y avait à suivre les meubles. (Fenet, t. XV, p. 226.) La nécessité d'un acte authentique n'était pas moins évidente et ne portait pas atteinte au système général de Rome où l'hypothèque s'établissait par le seul effet d'une convention. — Puis il abordait l'édit de 1771 qui « n'est qu'un règlement de procédure » pour faire cesser l'abus des décrets volontaires. Il fallait donner aux ventes une publicité telle que les créanciers pussent être avertis. « Dans ce système l'opposition n'était point nécessaire pour établir le droit d'hypothèque, mais seulement pour l'exercer sur le prix de l'immeuble vendu, et les créanciers n'étaient point payés suivant l'ordre des oppositions, mais suivant la date de leur hypothèque. Le droit des créanciers était conservé lors même qu'ils n'avaient point formé d'opposition avant l'aliénation de l'immeuble, pourvu qu'ils s'opposassent avant le sceau d'icelles. » (Fenet, t. XV, p. 228.)

(3) Changer le mode de créer les hypothèques, vouloir que de simples hypothèques, si elles sont inscrites, l'emportent, malgré l'évidence de l'équité, sur des privilèges résultant de la nature même de la créance, réduire le débiteur à n'offrir pour gage que ses biens présents, ne l'autoriser à hypothéquer tous ses biens présents qu'avec les formalités ruineuses, voilà ce qu'on doit appeler une grande et effrayante innovation », même après cinq ans d'application. Pendant vingt siècles on n'avait pourtant pas méconnu « quels sont les droits respectifs des débiteurs vis-à-vis des créanciers et des créanciers entre eux et quel est le régime le plus convenable soit au crédit général, soit à l'ordre public. » (Fenet, t. XV, p. 228.)

(4) « Les gens de finances ont depuis très longtemps provoqué ce régime, avec la perspective que ce serait pour le fisc une mine très riche à

effets, puisqu'elle constitue un moyen insuffisant pour constater la fortune des débiteurs (1), puisque le système de publicité interdit aux familles de garder le secret de leurs affaires (2). Si on la considère comme moyen d'établir les hypothèques elle apparaît incompatible avec le droit de propriété (3), et inutile comme moyen de publicité en ce qui concerne les hypothèques légales (4) ; la fraude reste possible (5) et l'inscription est une source d'erreur (6).

Bigot du Préameneu critiqua ensuite la spécialité des

exploiter.» Et la loi de brumaire n'a eu que ce résultat de surcharger la nation d'un nouvel impôt (Ses auteurs « ont cru que la publicité donnerait aux créanciers une connaissance certaine de l'état de la fortune de leurs débiteurs et les mettrait à l'abri de toute inquiétude sur les hypothèques antérieures. Il est impossible d'atteindre ainsi ce but, ni même d'en approcher »). (Fenet, t. XV, p. 229.)

(1) « On ne saurait contester que la quantité des hypothèques indéterminées ne soit immense, et que le nombre des maris, des tuteurs, des comptables ne soit pas beaucoup plus considérable que celui des emprunteurs par hypothèques. » (Fenet, t. XV, p. 234.) Or les hypothèques indéterminées ne sont pas susceptibles d'une évaluation, même approximative.

(2) Fenet, t. XV, p. 237.

(3) « L'existence d'un droit acquis ne doit pas dépendre d'une formalité. » (Fenet, t. XV, p. 239.) « Quant aux simples hypothèques on ne peut les faire dépendre d'une inscription sans oublier que par la nature des engagements il existe un droit acquis au profit du créancier le premier en date. » (p. 241.)

(4) « L'état de femme mariée n'est-il pas rendu complètement notoire par les solennités qui l'accompagnent et par la cohabitation des époux?... » etc. (Fenet, t. XV, p. 245.) — En outre « les partisans du système de publicité se trouvent entre deux écueils ou ils donneront un certain délai pour s'inscrire : et alors celui qui contracte ignore quels sont les créanciers antérieurs qui peuvent lui être préférés par une inscription prise dans ce délai ; ou bien ils ne donneront l'hypothèque que du moment de l'inscription, et dès lors le créancier, ayant une hypothèque légale ou judiciaire, est dans l'impossibilité de conserver son droit. » (p. 245.)

(5) Cf. Fenet, t. XV, p. 246.

(6) « Souvent les noms sont mal indiqués. » (Fenet, t. XV, p. 248.)

hypothèques (1) comme contraire au droit de propriété (2).

Les résultats du nouveau système étaient opposés à ceux que l'on attendait de lui (3), et l'ancien régime hypothécaire lui était préférable puisque : 1^o l'on pouvait toujours stipuler les hypothèques spéciales; 2^o la faculté de stipuler une hypothèque générale est plus utile au débiteur; 3^o le plus grand des maux, celui qu'il faut s'empres- ser de réparer, c'est l'atteinte portée au « droit de propriété » par le nouveau système, ce n'est pas le

(1) « De tout temps il a été permis de donner une hypothèque générale sur tous ses biens présents et futurs. » (Fenet, t. XV, p. 249.)

(2) On ose affirmer que celui qui a le premier conçu cette idée de réduire aux biens présents la faculté d'hypothéquer, a méconnu la nature des obligations; qu'il a réservé l'exercice du droit de propriété dans des limites qui n'avaient encore jamais été posées, et qu'il doit résulter une grande altération dans le crédit public. » (Fenet, t. XV, p. 252.) En effet « celui qui s'oblige n'est-il pas astreint à remplir son engagement par tous les moyens qui seront en son pouvoir et conséquemment sur tous ses biens présents et avenir? Quiconque s'oblige dispose donc par eela même de ses biens à venir. » (p. 253.)

(3) Pour Bigot du Préameneu, le nouveau système a les résultats suivants : 1^o les hypothèques légales et judiciaires et les hypothèques indéterminées resteront générales sur les biens présents et à venir; 2^o l'inscription de chaque hypothèque conventionnelle sera, en fait, prise sur tous les biens : jamais le créancier ne se contentera d'une hypothèque proportionnée à sa dette; 3^o il faudra toujours discuter et régler l'ordre entre les créanciers; 4^o en admettant — ce qui lui paraît discutable — que la publicité et la spécialité rendent les emprunts plus faciles, il ne faut pas croire qu'ils le deviendront dans la pratique; en effet tout système qui tend à réduire les créances au petit nombre de celles qui n'offriront au créancier aucun doute, doit beaucoup diminuer la circulation générale; 5^o la baisse de l'intérêt attendue ne se produira pas; les propriétaires d'immeubles hypothéqués, lorsqu'ils voudront emprunter, ne pouvant plus fournir de garantie seront obligés de payer un taux d'intérêt très élevé; 6^o « s'il n'y avait point d'hypothèques sans inscriptions, la conséquence inévitable serait que bientôt presque toutes les propriétés en France se trouveraient inscrites sur les registres des hypothèques. Ainsi on organiserait une des plus grandes contributions qui puissent être établies. » (Fenet, t. XV, p. 265.)

bouleversement des lois : il n'y aurait aucun bouleversement.

Enfin, il s'en référait à l'opinion générale : elle était contraire à la loi de brumaire, puisque neuf Tribunaux seulement (1) — et en cela il commettait une erreur (2) — avaient exprimé le vœu de conserver cette loi, et encore est-ce en y apportant des modifications (3).

Voici donc son opinion : « On a démontré que le nouveau système de publicité et de spécialité ne procure ni la connaissance de la fortune du débiteur, ni la sûreté du prêteur, ni la plénitude du crédit de l'emprunteur ; que ce système ne préserve point des lenteurs et des frais de discussion ; que les hypothèques légales établies par des considérations d'ordre public ne doivent pas dépendre d'une simple formalité et que l'on doit, à cet égard, préférer un régime hypothécaire qui maintient tous les droits de propriété et sous lequel la France s'était pendant un grand nombre de siècles élevée au plus haut degré de prospérité (4). »

Une courte discussion fut ouverte sur ce rapport par Treilhard, qui, en quelques mots, résuma, en les opposant, les deux législations en présence, assurant que le régime de la loi de brumaire an VII était « certainement préférable, pour les hommes de bonne foi, à celui qui l'a précédé (5). » Cambacérès d'ailleurs était

(1) Celui de Montpellier notamment. Les autres Tribunaux visés étaient ceux de Cassation, Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble. Cf. le rapport de Réal, Fenet, t. XV, p. 281.

(2) A ceux qu'il visait et que Réal citera, il convient d'ajouter ceux de Toulouse, de Rennes, de Metz et de Poitiers. Cf. plus haut, p. 177 et 178.

(3) Fenet, t. XV, p. 271.

(4) Fenet, t. XV, p. 271.

(5) Fenet, t. XV, p. 272. Il réfuta les objections : « On dit d'abord qu'on parvient à en éluder l'effet en ne formant les inscriptions qu'on veut dérober à la connaissance du prêteur que dans l'intervalle de l'acte à l'inscription que

du même avis, mais critiquait la loi de brumaire en ce que, l'hypothèque résultant non de la nature de la dette, mais de la formalité de l'inscription, il s'ensuivait que, si l'inscription n'avait pas été formée, les intérêts des femmes mariées, des mineurs, etc., se trouvaient compromis (1).

Réal conclut ensuite, au nom des membres de la section qui n'avaient point partagé l'opinion présentée par Bigot de Préameneu (2). Il fit valoir en premier lieu l'opinion des neuf Tribunaux (3) qui repoussaient la législation proposée comme une calamité. « Ces Tribunaux réclamants, qui tous siègent dans les villes les plus peuplées, les plus industrieuses de la République, et où les transactions sont les plus multipliées, ne se sont point contentés d'attaquer en détail quelques parties du système présenté par le projet ; c'est contre le système même, c'est contre cette théorie incomplète et désastreuse de 1771, c'est contre la résurrection du régime universellement abhorré, solennellement

lui-même il doit prendre. — Une impudence aussi grande, aussi déshonorante, aussi facile à vérifier à l'instant même, ne peut pas être très commune. Mais quand on supposerait qu'elle soit à craindre, rien n'empêche de la déjouer en différant l'exécution de l'acte et la délivrance des deniers jusqu'à l'inscription du prêteur. » Les frais seront moins importants pour un ordre ayant pour objet un seul immeuble au lieu de tous les biens, se faisant entre quelques créanciers au lieu d'une foule de créanciers. (p. 273.) En outre il ne faut pas exagérer en disant qu'un créancier voudra une hypothèque d'une valeur de beaucoup supérieure à sa créance. Enfin on ne traite jamais avec sûreté que sous la garantie des biens présents ; les biens à venir sont trop incertains.

(1) Cf. Fenet, t. XV, p. 275. Bigot du Préameneu dit que le système existant dénaturait les hypothèques légales.

(2) Fenet, t. XV, p. 280.

(3) Bigot du Préameneu avait justement invoqué leur petit nombre. Cf. plus haut p. 187, et Fenet, t. XV, p. 271. — Cf. également plus haut, p. 177, n. 2.

proscrit, des saisies réelles que, de tous les points du territoire français, ces tribunaux se sont élevés avec un concert d'autant plus imposant, qu'aucune réunion n'avait pu le provoquer et l'effectuer. — Et ce ne sont pas seulement quelques tribunaux dont on pourrait dire, comme de ceux de Bruxelles et de Douai, que des habitudes anciennes ont pu commander l'opinion, qui ont demandé la conservation du régime consacré par la loi de brumaire an VII; ce sont aussi des tribunaux que des habitudes devaient au contraire environner de préjugés opposés, des tribunaux dont les membres, dont les justiciables avaient été élevés dans les principes consacrés par l'édit de 1771 et par celui *des criées*; ce sont les tribunaux de Paris, de Caen, de Rouen, c'est celui de Lyon, de Grenoble, de Poitiers (1), c'est celui de Montpellier; enfin c'est celui de Cassation, qui tous se réunissent pour demander la conservation du régime hypothécaire actuel, qui se réunissent pour affirmer, comme juges, et d'après leur actuelle expérience, que le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques est essentiellement conservateur de la propriété, créateur du crédit public et du crédit particulier, régénérateur de la bonne foi et des mœurs; ce sont ces mêmes tribunaux qui signalent comme le plus cruel ennemi de la propriété, du crédit et de la bonne foi, le principe de l'hypothèque clandestine et générale qui se trouve présenté dans le projet de Code (2). »

(1) Réal ne l'avait pas cité en énumérant quelques lignes plus haut les tribunaux protestants. Il en oublie encore. Cf. plus haut, p. 187, n. 2.

(2) Fenet, t. XV, p. 281.

Cette hostilité devait faire réfléchir (1). En outre, il vaut mieux conserver que bouleverser.

Abordant ensuite la question elle-même, il observa que les immeubles entrent dans les transactions soit pour être aliénés, soit pour être affectés au paiement d'une somme prêtée ou à l'exécution d'une obligation. « Le but à remplir, dans un régime hypothécaire, est donc de procurer à ce double genre de transaction la plus grande solidité, sans en altérer l'essence ni en embarrasser la forme (2). »

La législation alors en vigueur apportant plus d'avantages et faisant courir moins de dangers aux propriétaires et aux capitalistes, avait donc ce double effet de satisfaire le besoin de l'agriculture, en facilitant les transactions, et de faire baisser le taux de l'argent, en donnant au capitaliste plus de sûreté (3).

Tronchet combattit avec beaucoup d'acrimonie (4) le système brumaire an VII parce qu'il apparaissait simplement comme une invention fiscale sans nouveauté (5), et il releva contre elle cinq griefs : 1° Il ne remplit point l'objet des hypothèques et ne le peut pas ; 2° Il n'est pas applicable à tous les contrats ; 3° Il ne l'est pas surtout aux contrats les plus importants ; 4° Il détruit l'essence

(1) « Une improbation aussi solennellement manifestée aurait seule, et abstraction faite de toute autre considération, imposé à la section le devoir d'examiner avec le plus grand soin les motifs d'une innovation qui inspirait autant de craintes. » Fenet, t. XV, p. 282.

(2) P. 284.

(3) Fenet, t. XV, p. 285. Réal invoqua aussi les précédents historiques, notamment les tentatives de Colbert. (p. 286.)

(4) Invention fiscale, dit-il, « qui au surplus n'a pas même le mérite de la nouveauté. » (p. 287.) « Il est assez naturel qu'un ministre dont le projet est repoussé se venge par des injures. » (p. 288.)

(5) Il rappela le préambule de l'édit de 1473.

et le caractère des contrats ; 5° Enfin jusque dans l'exécution il produit beaucoup d'autres inconvénients (1).

Portalis considérait que le système le plus naturel et le plus simple était de laisser chacun veiller pour lui-même à ses intérêts et chercher principalement sa sûreté dans la moralité de ceux avec lesquels il contracte (2), mais comme ce système ne serait pas admis il en choisit un autre : il dit que loi de brumaire serait certainement plus avantageuse si l'on ne voulait pas en faire un principe absolu : il ne faut pas l'étendre aux engagements nés du mariage et de la tutelle. Quant à la spécialité on peut l'admettre à l'égard de tous les engagements, si ce n'est ceux qui, de leur nature, sont indéterminées (3).

Treilhard réfuta l'opinion de Tronchet et de Portalis. Dès lors la discussion porta surtout sur les hypothèques légales ; et le Premier Consul tenta une transaction en demandant l'inscription pour toutes les hypothèques, sauf les hypothèques légales (4).

Finalement le Conseil adopta, en principe, que toute hypothèque serait publique ; que l'hypothèque conventionnelle serait toujours spéciale ; que la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs (5).

Le nouveau projet présenté sur ces bases à la séance

(1) Cf. Fenet, t. XV, p. 289 et sq. pour le développement de ces griefs.

(2) Fenet, t. XV, p. 295.

(3) P. 295 et 296.

(4) Cf. Fenet, t. XV, p. 301. Ce sera finalement cette opinion qui prévaudra. Nous n'analyserons pas la longue discussion qui eut lieu à ce sujet, nous sortirions trop du cadre de notre sujet. Cf. plus haut, p. 183, n. 3.

(5) Fenet, t. XV, p. 325.

de 3 ventôse (23 février 1802) (1), différait donc sensiblement de l'œuvre de la commission de rédaction puisqu'il contenait une section consacrée à la conservation des privilèges (2) et deux chapitres sur le *mode d'inscription des privilèges et hypothèques* (3) et sur la *Radiation et réduction des Inscriptions*. (4), en même temps que les chapitres VIII, sur le *Mode de consolider les propriétés et de les purger des privilèges et des hypothèques* (5), et X, sur la *Publicité des Registres et la Responsabilité du conservateur* (6), étaient fortement modifiés.

Entre les créanciers les privilèges ne produisaient d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils étaient rendus publics par inscription sur les registres du conservateur, ainsi que la réglaient les articles 17 pour le privilège du vendeur, 18 pour le privilège du cohéritier ou copartageant, 19 pour le privilège de l'architecte, etc. (7). Toujours entre créanciers l'hypothèque (8) n'avait rang que du jour de l'inscription prise dans la forme et de la manière prescrites par la loi (9), c'est-à-dire sur un registre au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement de la situation de l'immeuble, sur présentation du titre donnant naissance au privilège ou à l'hypothèque et de deux bordereaux contenant les noms et domiciles du créancier et du débiteur, la date et la

1) Fenet, t. XV, p. 326.

(2) Chap. II, Sect. IV. Fenet, t. XV, p. 330.

(3) Chap. IV, p. 338.

(4) Chap. V, p. 341.

(5) Fenet, t. XV, p. 345.

(6) Fenet, t. XV, p. 350.

(7) Cf. Art. 15 et art. 16 pour les privilèges dispensés d'inscription. (Fenet, t. XV, p. 330.)

(8) Soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle.

(9) Art. 43.

nature du titre, le montant de la créance, l'indication de l'espèce et de la situation des biens hypothéqués (1).

Enfin les règles de la purge étaient simplifiées (2).

Treilhard, lors de la présentation au Corps législatif (3), estimait que le projet ainsi modifié éclairait chaque citoyen sur l'état véritable de celui avec lequel il traitait, et le problème posé de concilier le crédit le plus étendu avec la plus grande sûreté était résolu (4).

Le Tribunat, lors de la communication officieuse du projet, ne se prononça ni sur la publicité, ni sur la spécialité (5), mais son rapporteur Grenier, lors de la communication officielle, se montra nettement hostile à l'hypothèque générale (6) et partisan de la publicité (7). Cette opinion ne fut pas plus unanime au Tribunat qu'au Conseil d'Etat, puisque le tribun Huguet y présenta des *observations contre le système de la publicité des hypothèques* (8).

(1) Art. 55, 57, etc.

(2) Cf. Art. 90 et sq. et pour les hypothèques légales des femmes et des mineurs, art. 103 et sq. (Chap. IX).

(3) Fenet, t. XV, p. 448.

(4) Une fois de plus il disait que l'hypothèque donnée par des actes occultes ne laissait aucune garantie à la bonne foi. V. Fenet, t. XV, p. 450.

(5) Son silence pouvait être considéré comme un acquiescement à un principe admis. Il fit surtout des observations de détail et présenta quelques observations générales sur les hypothèques légales. V. notamment hypothèques légales des tuteurs. Fenet, t. XV, p. 414; sur la non-publicité de l'hypothèque légale de la femme mariée.

(6) « Nous avons tous été témoins des effets désastreux d'une hypothèque aussi générale. » Fenet, t. XV, p. 481. Cf. encore p. 484 et *passim*.

(7) V. notamment, p. 484. Au Corps législatif Grenier reproduisit purement et simplement le rapport qu'il avait fait au Tribunat. Fenet, t. XV, p. 524.

(8) Fenet, t. XV, p. 510. Il donna notamment cette raison que les actes passés entre particuliers ne devaient pas être divulgués : « Ne pourrait-on pas dire que cette publicité, en gênant ou en entravant la faculté de faire des

Le titre sur la vente forcée des immeubles devenait, après discussion à la section de législation, le Titre VII du Livre III et s'intitulait : *De l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers* (1).

Il était singulièrement réduit. On n'avait pas voulu s'occuper des formes de la poursuite en expropriation, ni de la manière de procéder à l'ordre et à la distribution du prix, matière du Code de procédure et non du Code civil (2).

Il n'y eut donc aucune discussion sur les formalités que le Tribunal de Montpellier trouvaient trop compliquées, trop longues et trop coûteuses.

contrats, est un attentat à la liberté individuelle d'une classe de citoyens ? » (p. 511.)

(1) Fenet, t. XV, p. 525.

(2) « Les articles que nous présentons, dit Treilhard au Corps législatif, sont peu nombreux, et ils ont presque tous pour objet de prévenir les excès de rigueur de la part des créanciers aigris peut-être par la mauvaise conduite de leur débiteur ou égarés par des conseils intéressés. » Fenet, t. XV, p. 533.

CHAPITRE VIII

Régimes matrimoniaux et Droits des époux (1)

I. — Le Titre X du Livre III consacré aux modes d'acquisition de la propriété traitait *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* (2).

Son Chapitre 1^{er}, intitulé *Dispositions générales*, s'occupait plus spécialement du contrat de mariage, tandis que le Chapitre II fixait les règles de la *communauté légale* et que le Chapitre III énumérait *les diverses conventions par lesquelles les conjoints dérogent à leurs droits légaux* et déterminait *l'effet de ces conventions*.

(1) Cette matière est un peu complexe. On en a dit un mot déjà, à propos de l'autorité maritale (Cf. plus haut, Chap. I, p. 67). Plus qu'ailleurs peut-être, nous sommes obligés de dégager les principes et les règles essentielles du Projet, et nous ne pouvons ni en étudier toutes les dispositions, ni examiner toutes les observations présentées dans le § 1^{er} du rapport du Tribunal de Montpellier sous les articles du Projet : Ce serait risquer de noyer le principe dans les détails, et perdre ainsi de vue notre but qui est de mettre en relief l'esprit et le résultat général des observations du Tribunal de Montpellier.

(2) Fenet, t. II, p. 302.

Trois principes se dégageaient du Chapitre I^{er} : tout d'abord le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales (1), que seule l'interdiction de porter atteinte à l'autorité maritale, aux privilèges accordés par la loi à la femme et à l'ordre légal des successions venait limiter (2); — ensuite la prohibition de stipuler que les conventions matrimoniales seraient réglées par une des lois, statuts ou coutumes qui jusqu'alors avaient régi les diverses parties du territoire de la République (3); — enfin l'adoption forcée du régime de communauté de biens réglée par le Chapitre II, par les époux qui n'avaient point fait de contrat (4).

(1) Art. 1^{er}, § 1^{er} : « Les époux règlent librement les conditions de leur union. » Cf. Pothier, *Traité de la Communauté*, Introduction, n^{os} 1 et 2.

(2) Art. 2 et 3. Cf. Pothier, *eod. loc.*, n^o 4 : « Le principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions a des exceptions. Celles qui blessaient la bienséance publique, quoique faites par contrat de mariage, ne seraient pas valables. Par exemple, il n'est pas douteux que, s'il était dit par un contrat de mariage que la femme serait le chef de la communauté de biens qui aurait lieu entre les conjoints, une telle convention ne serait pas valable, étant contre la bienséance publique, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, et qu'au contraire cette communauté de biens ait la femme pour chef. » Et n^o 5 : « Les conventions qui paraissent tendre à soustraire la femme à la puissance que notre droit municipal a accordé au mari sur elle, sont aussi regardées comme étant, dans nos mœurs, contraires à la bienséance publique, et en conséquence nulles. C'est pour cette raison que la jurisprudence a déclaré nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage, c'est-à-dire les clauses par lesquelles il était porté que le mari par le contrat de mariage autorisait sa femme, non seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré les héritages, à quelque titre que ce soit, sans qu'elle eût besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation particulière... »

(3) Art. 2, § 2 : « Néanmoins ils ne peuvent stipuler qu'elles seront réglées par aucune des lois, statuts, coutumes et usages qui ont régi jusqu'à ce jour les diverses parties du territoire de la République : toute disposition ainsi conçue est nulle. »

(4) Art. 10 : « A défaut de contrat de mariage et de conventions spéciales, les droits des époux sont déterminés par les règles contenues au chapitre

Ces données ainsi posées, le Projet entrainait dans le détail des règles des régimes matrimoniaux.

Le Chapitre II délimitait l'actif (1) et le passif (2) de la communauté (3) ; dans une autre section il donnait les règles de l'administration de la communauté dont le mari était seul administrateur (4), la femme ne pouvant pas engager la communauté si elle agissait sans le consentement du mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique (5). En outre, le mari avait l'administration de tous les biens personnels de la femme (6). —

suivant. » Art. 11 : « A défaut de convention entre époux, il y a communauté de biens. »

(1) Art. 14 à 21.

(2) Art. 22 à 29.

(3) A ce sujet le Tribunal de Montpellier a présenté des observations dans le § 1^{er} de son rapport sur la difficulté soulevée dans la pratique : « La communauté de biens se composant de certains biens, non de certains autres, les difficultés pour séparer et diviser ces biens ou revenus, lors de la dissolution de la société, varient à l'infini » (Fenet, t. IV, p. 455). Il demande que les contestations soient réglées par arbitres « comme les discussions des commerçants au sujet de leur société ». D'ailleurs, de ces difficultés nées des sociétés en général il tire un argument pour faire repousser la communauté légale.

(4) Art. 30, 32. Cf. Pothier, *loc. cit.*, n° 407 : « Le droit du mari sur les biens de la communauté est renfermé dans les deux axiomes suivants : *Premier axiome* : le mari comme chef de la communauté est réputé seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure, et il en peut disposer à son gré sans le consentement de sa femme ; *Second axiome* : les dispositions, néanmoins, ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part de la femme et des héritiers de la femme, ... il ne peut surtout s'en avantager ni ses héritiers, au préjudice de cette part. »

(5) Art. 35 et 36. Cf. Pothier, *loc. cit.*, n° 497 : « Le droit de la femme sur les biens de la communauté n'est, pendant qu'elle dure, qu'un droit informe, puisque non seulement elle ne peut seule et d'elle-même disposer en rien de la part qu'elle y a, mais que c'est son mari qui en sa qualité de chef de la communauté a, seul, tant qu'elle dure, le droit de disposer de sa propre chose, de tous les effets qui la composent, tant pour la part de la femme que pour la sienne, sans être comptable comme nous l'avons vu *suprà*. art. 1^{er}. »

(6) Art. 37.

Une dernière section prévoyait la dissolution de la communauté, soit par la dissolution du mariage, soit par la séparation de biens, que la femme pouvait demander pendant le mariage « toutes les fois que sa dot était mise en péril par la mauvaise conduite du mari et que le désordre de ses affaires faisait craindre que ses biens ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme » (1). — En cas de séparation de biens la femme reprenait la libre administration de ses biens (2), tout en restant tenue de contribuer aux frais du ménage proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari.

Il fallait protéger la femme contre l'égoïsme ou l'incompétence possibles du mari à qui de si grands pouvoirs étaient accordés. Aussi la loi lui donnait-elle, à côté de cette faculté de demander la séparation de biens, le choix d'accepter ou de refuser la communauté lors de la dissolution (3). Au cas d'acceptation il s'agissait de partager l'actif et le passif de la communauté par moitié (4). Au contraire, au cas de renonciation la femme perdait « toute espèce de droits sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y est tombé de son chef. Elle avait seulement droit de reprendre sur les effets de la communauté les linges et hardes

(1) Art. 57. Cf. Pothier, *loc. cit.*, n° 510 qui dit que la séparation de biens pouvait être demandée par la femme « pour les mêmes causes pour lesquelles par le Droit romain la femme pouvait obtenir durant le mariage la restitution de sa dot. » C'est-à-dire « toutes les fois que la dot de la femme est en péril, et qu'il paraît que le mauvais état des affaires du mari rend ses biens insuffisants pour en répondre. »

(2) Art. 67. Cf. Pothier, *loc. cit.*, n° 522.

(3) Suivant les art. 71 à 82.

(4) Les formalités de ce partage étaient énoncées dans les art. 83 à 96 pour l'actif, 97 à 105 pour le passif.

à son usage ». Déchargée de la contribution aux dettes de la communauté, tant vis-à-vis du mari que vis-à-vis des créanciers, elle restait néanmoins tenue envers les créanciers seulement, à raison des dettes auxquelles elle s'était obligée conjointement avec son mari et à raison des dettes provenant de son chef, devenues dettes de la communauté, sauf son recours contre le mari ou les héritiers (1).

Tel était le régime de communauté. Mais les conjoints pouvaient, dans un contrat de mariage, exclure totalement la communauté, ou la modifier, l'augmenter ou la restreindre (2).

Les articles 116 à 118 notamment prévoyaient un régime de séparation de biens et les articles 119 et 120 la possibilité d'établir un régime dotal. Mais le lacanisme de ces deux articles est grand (3). — Enfin la

(1) Art. 109. Cet article est critiqué par le Tribunal de Montpellier dans le § 1^{er} de son Rapport. V. Fenet, t. IV, p. 456. — Il trouve que la renonciation serait nuisible aux droits des créanciers qui ont contracté sur la foi de la communauté, si la femme n'est tenue envers eux que des dettes auxquelles elle se serait obligée conjointement avec son mari. « Tant que la société dure, l'obligation de l'un des associés oblige l'autre, l'objet de la créance par lui consentie en société étant toujours censé avoir à profiter à l'autre. » D'ailleurs il y voit une possibilité de fraude dans les faillites. Il ajoute : « Il serait, au contraire, équitable qu'elles fussent tenues subsidiairement des dettes contractées par le mari, ayant le plus souvent donné lieu, par leurs dépenses excessives, au dérangement de ses affaires. »

(2) Art. 113.

(3) Art. 119 : « La clause par laquelle la femme stipule que tous ses biens présents et avenir lui demeureront paraphernaux, a le même effet que celui attaché par les deux articles précédents à la clause de séparation de biens. — Si la femme ne s'est réservée, comme paraphernale, qu'une portion de ses biens, la clause n'est point exclusive de la communauté qui a lieu à l'égard de ceux de ses autres biens qui ne sont point stipulés paraphernaux, et qui sont de nature à entrer dans la communauté légale. La femme, en ce cas, conserve seulement la jouissance et l'administration de ses biens stipulés paraphernaux. » Art. 120 : « Si la femme a stipulé une partie de ses biens paraphernale, et le surplus dotal, il n'y a point de communauté : le mari n'a

communauté telle que le Chapitre III la réglait pouvait être modifiée au moyen d'une clause excluant le mobilier (1), d'une clause d'ameublement (2), d'une clause de séparation de dettes (3), d'une clause donnant à la femme la faculté de reprendre son apport franc et quitte (4), d'une clause de préciput conventionnel (5), d'une clause dérogeant expressément au partage égal (6), ou bien encore par celle qui stipulait une communauté universelle (7), ou par toute autre (8).

A ce simple examen de la législation projetée, on voit rapidement que la préférence était donnée au régime de communauté, copié dans les coutumes, plus spécialement dans la coutume de Paris, diminué cependant de l'institution du douaire qui le complétait si heureusement dans l'ancienne France (9).

la jouissance et l'administration que de la partie qui a été stipulée dotale. » C'était tout ce qu'il était dit du régime dotal dans le projet.

(1) Conformément aux art. 126 à 130.

(2) Conformément aux art. 131 à 135.

(3) Conformément aux art. 136 à 140.

(4) Conformément aux art. 141 à 144.

(5) Conformément aux art. 145 à 149.

(6) Conformément aux art. 150 à 155.

(7) Conformément aux art. 156 et 157.

(8) Conformément à l'art. 158.

(9) Cf. Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 4 : « Le droit sur la communauté entre mari et femme est différent dans les différentes provinces de ce royaume. On en distingue quatre espèces : la 1^{re} espèce de droit sur cette matière est le droit de la coutume de Paris, de celle d'Orléans et de presque tout le pays coutumier, qui admet entre des conjoints par mariage, lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, une communauté de biens qui commence à l'instant de la bénédiction nuptiale et qui a lieu quelque peu de temps que le mariage ait duré » ; la 2^{me} espèce (Anjou, Maine, Chartres, etc.) était celle où la communauté sans stipulation n'existait qu'au cas où le mariage avait duré un an et un jour ; la 3^{me} espèce était celle des pays de droit écrit et de quelques pays de coutumes : pas de communauté sans stipulation expresse ; la 4^{me} espèce était celle de la Normandie : « Les personnes conjointes par mariage ne sont pas communes en biens, soit meubles, soit immeubles ; ainsi les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari. »

II. — Cette législation était bien différente de la législation des pays de droit écrit. Rien n'avait été puisé dans cette dernière que nous résumerons, en deux mots, en disant que le régime habituellement stipulé était le régime des dots, et qu'en l'absence de contrat de mariage le régime de séparation de biens était présumé, tous les biens de la femme étant alors considérés comme paraphernaux. Enfin, si les pays de droit écrit ne repoussaient pas toute idée de communauté, il faut bien remarquer qu'ils ne l'admettaient que par une stipulation expresse et qu'il s'agissait, en général, simplement d'une communauté d'acquêts (1).

Examinons cette législation d'un peu plus près, telle qu'elle se dégageait, à la fin du XVIII^e siècle, des arrêts du Parlement de Toulouse et des écrits des auteurs du Midi.

La dot était tout ce que la femme, ou quelqu'un d'autre à sa place, remettait au mari pour en jouir et faire les fruits siens pendant le mariage, afin d'en soutenir les charges (2).

(1) « En pays de droit écrit, elle (la communauté) n'a pas lieu sans une stipulation expresse faite dans le contrat de mariage des futurs conjoints », disait Ferrière, v^o *Communauté de biens entre conjoints*, après avoir assuré qu'elle était si naturelle entre un mari et une femme, qu'elle n'avait pas besoin d'être stipulée par leur contrat de mariage et qu'elle était présumée en pays coutumier.

(2) Cf. Ferrière, v^o *Dot*, qui remarquait qu'il n'y avait pas de distinction à faire entre les meubles et les immeubles, alors qu'en pays coutumier tous les meubles de la femme tombaient dans la communauté ; avec ceux du mari, sauf stipulation contraire qui les rende immeubles auquel cas ils étaient réputés propres de la femme. — Ferrière ajoutait : « Un auteur moderne, très connu pour les découvertes qu'il a faites sur l'origine de notre Droit Français,

La dot ne comprenait donc pas tous les biens de la femme, mais seulement ceux qu'elle, ou un tiers (parent ou étranger), constituait en dot expressément dans le contrat de mariage. Les autres biens de la femme étaient appelés paraphernaux ou adventices. S'il n'y avait aucune stipulation de dot, tous les biens de la femme étaient paraphernaux.

A vrai dire, il y eut, sur ce dernier point, de nombreuses discussions, et les avis restèrent partagés. Mais telle était la solution qui prévalait à la fin du XVIII^e siècle dans la région montpelliéraine, et ce sera celle que le Tribunal de Montpellier soutiendra dans son rapport (1).

Les auteurs s'étaient divisés en deux partis. La plus grande majorité, avec Furgole (2), penchait pour la paraphernalité; Roussilhe, au contraire, avec quelques autres, était pour la dotalité. Quelques coutumes du ressort du Parlement de Paris (3) spécifiaient que les biens de la femme étaient tous dotaux, en l'absence de contrat. — Quelques Parlements jugeaient en faveur de la dotalité : celui de Paris pour les pays de droit écrit de son ressort (4), celui de Grenoble s'il faut en croire un arrêt

a remarqué que le terme de *dot* ne devait être employé qu'en pays de droit écrit, pour signifier ce que la femme apporte en mariage à son mari pour en soutenir les charges. — La raison en est qu'en pays coutumier la femme n'apporte point de dot à son mari et que le douaire que le mari lui constitue est sa véritable dot : ce que nos premiers Français retinrent des Allemands qui en usèrent ainsi. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Tacitus. De mor. Germ.* »

(1) Cf. Fenet, t. IV, p. 493, 496 et 546. De même plus bas, p. 219 et 225.

(2) *Questions sur les Donations*, 25.

(3) Auvergne, Titre XIV, art. 8. — Marche, art. 297. — Et l'usage était en ce sens, d'après Bretonnier, dans le Lyonnais et le Beaujolais.

(4) Cf. note 3.

de la Cour de Lyon du 1 août 1838 (1). Mais les autres Parlements de droit écrit : Aix, Toulouse, Bordeaux, Pau, jugeaient que la dotalité des biens de la femme ne pouvait résulter que d'une stipulation formelle (2). Les arrêts des Parlements sont nombreux (3) et les arrêts rendus par les Cours d'Appel depuis la promulgation du Code civil en font foi (4).

La femme même mineure (5) conservait toute liberté pour constituer ses biens en dot ou non, ou pour en constituer une partie seulement, ou la totalité de ses

(1) Dalloz, *Répertoire*, v^o *Domicile*, n^o 14, note 4. A la vérité cet arrêt se base sur l'opinion de Roussilhe, « un des derniers auteurs qui ont écrit sur la question ». — *Eod. loc.*, v^{is} *Contrat de mariage*, n^{os} 3180, 3181, 3182 et les notes.

(2) Du Rousseaud de la Combe, v^o *Dot*, Partie II, Sect. I, est formel : « Tous les biens de la femme sont censés paraphernaux, s'ils ne sont donnés en dot », et il cite des références.

(3) Cf. Toulouse, 11 août 1615, 13 juillet 1619, 6 juillet 1744, rapportés dans Merlin, *Répertoire*, v^o *Dot*, § II, n^o 12.

(4) Montpellier, 3 juillet 1849, sous Cass., 27 avril 1852. D. 52. I. 163 : « Attendu que, d'après les principes alors (en l'an IX) en vigueur dans l'ancien ressort du Parlement de Toulouse, pour que les biens d'une femme fussent dotaux, il fallait que cette qualité leur eût été attribuée par une clause insérée dans le contrat de mariage. » — Cass., 27 avril 1852 : « Attendu que dans le système de la loi romaine, tel qu'il est pratiqué dans la plupart des pays de droit écrit et spécialement, soit dans le ressort du Parlement de Toulouse qui comprenait et régissait la province de Rouergue, lieu du domicile des époux Robert au moment de leur mariage, soit dans le ressort du Parlement de Bordeaux, dont la même province avait fait partie avant d'être annexée au ressort du Parlement de Toulouse, le régime dotal n'avait pas pour effet d'imprimer de plein droit le caractère de dotalité aux biens de la femme mariée;... qu'ainsi dans la jurisprudence des Parlements de Toulouse et de Bordeaux, comme depuis sous l'empire du Code civil (art. 1592), l'on a dû considérer comme paraphernal tout ce qui n'était pas constitué par la femme ou pour la femme à titre de dot (L. 5. C. de pact. convent.)... » — Cf. encore Merlin, *Répertoire*, v^o *Dot*, et Dalloz, *Répertoire*, v^{is} *Contrat de mariage*, n^o 4250, n. 2.

(5) Dans ce cas l'assistance de son curateur était probablement exigée. Cf. Du Rousseau de la Combe, v^o *Dot*, Partie II, Sect. II, n^o 1.

biens présents et à venir (1), malgré la singulière ordonnance de Charles IX, de 1563 (2), qui limitait la dot à une certaine somme, et qui n'a jamais été appliquée.

Si en se remariant une femme se constituait une dot sans spécifier son montant et sa nature, on présumait qu'elle s'était constitué la même dot qu'à son premier mariage (3).

Non seulement la femme, mais quiconque ayant la libre disposition de ses biens pouvait constituer une dot à une fille qui se mariait.

La constitution de dot avait lieu en termes quelconques, mais elle ne devait laisser aucun doute sur l'intention des parties (4).

(1) « Si la femme s'est constituée en dot tous ses biens, sans dire présents et à venir, elle n'est censée s'être constituée que les présents. » Du Rousseau de la Combe, v° *Dot*, Partie II, Sect. II, n° 2. — Catellan rapporte que, dans les pays où le mari gagnait la dot par suite du prédécès de sa femme, on soumettait à un arbitre la question de savoir quel était le *quantum* dû par le père qui n'avait rien constitué (Liv. IV, chap. LXVIII).

(2) Ordonnance sur la justice et la police du royaume additionnelle à celle d'Orléans de janvier 1560. Art. 17 : « Ne pourront les père et mère, ayeul ou ayeule en mariant leurs filles es villes de nos royaumes, pays et terres de notre obeissance, excéder la somme de dix mille livres tournois à laquelle avons modéré le plus haut dot ou constitution de mariage, à peine aux contrevenants ou qui feront déguisement de fraude de mille écus applicables moitié à nous, l'autre moitié aux pauvres du lieu. N'entendons toutefois y comprendre ce qui serait venu et acquis aux filles par succession ou donation d'autres que leurs dits parents. » Isambert, t. XIV, p. 164.

(3) Du Rousseaud de la Combe, v° *Dot*, Partie II, Sect. II, n° 4. Sauf stipulation expresse. Cf. Nîmes, 30 déc. 1808, S. 1810. II. 559 et sq.

(4) Dans le ressort du Parlement de Toulouse, lorsqu'il était dit que les époux se prenaient avec leurs biens et droits, cela ne valait constitution de dot que s'il était formellement entendu que c'était pour supporter les charges du mariage. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Montpellier du 11 juin 1832 (*Mémorial de Jurisp.*, t. XXVI, p. 42) interprète cette clause. Les biens donnés à la femme au moment de son mariage étaient considérés comme constitués en dot s'ils étaient remis aux époux pour supporter les charges du ménage (Toulousé, Cass. 22 fév. 1827. Agen, 9 juillet 1833, Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 324). Néanmoins à Toulouse et à Bordeaux il fallait bien stipuler que les biens étaient donnés pour supporter les charges du

La dot une fois constituée ne pouvait être révoquée par le donateur que pour survenance d'enfants (1). Il était de principe, en effet, que toute donation entre vifs faite par des personnes n'ayant pas d'enfants ou descendants vivants au moment de la donation « demeurent révoquées et résolues de plein droit par la survenance d'un enfant légitime au donateur », et cela à quelque titre qu'elles aient été faites, « même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendants » (2).

Le trait caractéristique en matière de constitution de dot c'était l'obligation pour certains parents de doter la fille qui se mariait.

Cette obligation dont l'origine se trouvait dans la loi *Julia* avait été singulièrement étendue par la jurisprudence des pays de droit écrit. Ce n'était pas seulement le père qui devait doter sa fille (3), mais encore, à son défaut, ou lorsqu'il était insolvable, l'aïeul paternel. A son défaut, la mère était tenue de doter la fille qui n'avait aucun bien à se constituer en dot. Le Parlement de Provence avait même soumis à cette obligation les frères germains (4). Despeisses étendait encore cette

mariage, sinon ils auraient été paraphernaux. Cf. Tessier, *De la Dot*, t. I, n° 39. On était moins rigoureux dans les ressorts des Parlements de Grenoble et d'Aix : il suffisait que le bien ait été donné en contrat de mariage (Cf. Grenoble, 7 juillet 1810, Dalloz, *vis Contrat de mariage*, n° 3187, n. 1).

(1) Si elle n'était pas payée au jour convenu, les intérêts couraient de ce jour. *Eod. loc.*, Sect. IV, n° 1.

(2) Serres, *Institutions*, L. II, Titre VII. — Catellan, Liv. IV, Chap. XI : « Les donations entre vifs... de même que les constitutions de dot, sans attendre la mort du mari qui aurait reçu la dot... sont sujettes de plein droit à cette révocation », etc.

(3) D'ailleurs il y était tenu même si elle se mariait contre sa volonté. Cf. Serres, *Institutions*, Liv. I, Titre X ; Catellan, Liv. IV, Chap. LXVIII, etc.

(4) De Bézieux, *Arrêts du Parl. de Provence*, Liv. V, II, § 2.

obligation à des parents plus éloignés (1). — Les motifs politiques qui avaient donné naissance à cette obligation à Rome n'existant plus, on avait basé l'obligation du père sur son devoir d'entretenir et d'élever ses enfants ; puis on avait vu naître la théorie de l'utilité de la dot pour le ménage (2). Partie de la loi *Julia* la jurisprudence en était arrivée au droit pour la fille d'avoir une dot.

La fille avait d'ailleurs au décès de son père une action, si la dot qu'il lui avait constituée n'était pas égale à sa légitime.

Les recueils de jurisprudence témoignent des difficultés qui étaient nées, dans la pratique, au sujet des constitutions faites par le père, sans stipuler si la dot était prélevée sur ses biens personnels ou sur ceux de sa mère. La jurisprudence avait varié sur ce point. Vedel sur Catellan (3) rapporte deux arrêts : l'un de 1705 qui décidait que la dot constituée après le décès de la mère, tant du chef paternel que maternel, devait être prise également sur les biens du père et de la mère ; — un autre de 1719 qui décidait au contraire que la dot ainsi constituée devait être prise sur le patrimoine du père. Vedel était partisan de cette dernière solution qu'il

(1) Au titre de la Dot, Sect. I : « *Octavo*. Si la fille ne peut avoir d'ailleurs de quoi se marier, non seulement le frère germain est obligé de la doter, mais aussi le consanguin », et sous le nom de frère il comprend aussi bien la sœur que le frère. — De même il étend l'obligation de doter à la bisaïeule maternelle.

(2) D'où l'obligation de redoter quand la première dot était perdue par l'insolvabilité du mari. V. plus bas, p. 207. Cf. Ginoulhac, *Histoire du Régime dotal*, p. 141.

(3) Liv. IV, Chap. LXX.

trouvait plus juridique, parce que plus conforme à la disposition littérale de la loi romaine (1).

La dot devait être conservée dans l'intérêt du ménage. Aussi l'usage s'était établi, en l'absence de tout texte, que les pères étaient obligés de redoter leurs filles qu'ils avaient mariées à des maris insolvables (2). — On se trouvait en présence d'une création curieuse de la jurisprudence qui se basait sur le principe établi dans l'authentique *quod locum cod. collat.* et dans la Nouvelle 97 au chapitre dernier, exemptant la fille non émancipée, mariée à un époux insolvable par le père décédé ensuite *ab intestat*, de l'obligation de rapporter la dot reçue et l'obligeant seulement à rapporter l'*actionem inanem*, qu'elle avait sur les biens de son mari (3). Bien entendu cette construction subtile ne s'étendait pas au cas où le mari, solvable au moment du mariage, était devenu insolvable par la suite (4). Elle était particulière aux pays de droit écrit, le Parlement de Paris ne l'appliquait pas (5).

(1) *Cod. de dotis promiss.* Cette jurisprudence était d'ailleurs différente suivant les Parlements. Cf. Bretonnier, v^o *Dot*.

(2) La seconde dot n'était pas forcément égale à la première, la fille ne pouvait l'exiger supérieure à la légitime.

(3) « Nos seuls arrêts ont établi cette jurisprudence », dit Catellan, Liv. IV, Chap. XVI.

(4) *Eod. loc.* Cf. Bretonnier, v^o *Dot*.

(5) Bretonnier, v^o *Dot* : « Cette action n'est point reçue dans les pays du Droit du ressort du Parlement de Paris. Henrys, t. I, Liv. IV, Quest. 55. Mais elle a lieu en Normandie. Le père demeure garant de la dot de sa fille ; mais l'on distingue la nature des effets donnés en dot. Si c'est de l'argent comptant, et que le paiement soit fait lors du mariage ou du terme convenu, la garantie cesse ; si la dot consiste en rentes ou héritages, la garantie dure toujours. La même garantie a lieu à l'égard du frère aîné qui marie et dote ses sœurs (Basnage, Sur la coutume de Normandie, art. 251.) — Cette dernière décision n'est pas suivie au Parlement de Toulouse, le frère qui marie et dote sa sœur n'est point garant de l'insolvabilité du mari. M. Catellan dit que cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu le 24 février 1663 à son rapport.

Le donataire avait une hypothèque sur les biens du constituant du jour de la constitution (1) et non du jour du mariage, sans doute parce qu'on la considérait comme la conséquence de l'acte authentique constitutif de dot (2).

Le constituant devait garantir la dot en cas d'éviction.

En matière d'administration, la grande règle était celle de la séparation des biens dotaux et des biens paraphernaux.

Sur les seconds le mari n'avait aucun pouvoir tandis qu'il était administrateur des premiers (3). Il en devenait propriétaire à charge d'en restituer la valeur : lorsque la dot était constituée en argent comptant ou lorsqu'elle consistait en un bien-fonds estimé, on considérait alors que l'estimation valait vente (4). La juris-

— La mère qui a doté sa fille, et payé la dot à son gendre insolvable, n'est pas tenue de redoter sa fille ; cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu au Parlement de Toulouse au mois d'août 1674, rapporté par le même auteur au même endroit (Liv. IV, Chap. 17). »

(1) Catellan, Liv. IV, Chap. III.

(2) En ce sens Ginoulhac, *Histoire du Régime dotal*, p. 148. Cf. Roudilhe, *De la Dot*, Chap. XIII, Sect. II, § 1.

(3) Du Rousseaud de la Combe, *v° Dot*, Partie II, Sect. III. « Le mari est maître de la dot pendant le mariage, etc., etc. » Bretonnier, *v° Paraphernaux*. — Serres, *Institutions*, Liv. II, t. VIII, Pr.

(4) « La constitution d'un fonds estimé, ou autre chose estimée, est regardée par nos lois comme une vente qui en est faite au mari, qui lui en transporte la pleine et absolue propriété et le rend débiteur du prix : l'augmentation, diminution ou perte le regardent comme vrai propriétaire. » Catellan, Liv. IV, Chap. XXXII. Et Catellan (*cod. loc.*) étudie la question intéressante de savoir si le fonds estimé est dotal : « Quelques-uns croient qu'en faveur de la femme et en cas d'insolvabilité du mari, le fonds estimé est dotal et peut être demandé par la femme comme dotal : c'est l'avis d'Expilley, arrêt 148, ce qui paraît juste lorsque le mari est si insolvable visiblement, que la femme perdrait sa dot si elle ne pouvait pas distraire ce fonds de la distribution, comme il arriverait si le mari n'avait d'autres biens que ce fonds, car en ce cas les frais de justice emportant une partie de ce fonds et ce qui resterait ne suffisant pas pour le paiement de la dot, il ne serait pas juste de contraindre cette femme de poursuivre inutilement son paiement sur ce

prudence du Parlement de Toulouse était donc conforme au droit de Justinien.

Quant aux biens paraphernaux, c'était la femme qui en avait l'administration pleine et entière, et nulle autorisation ne lui était nécessaire pour en disposer comme elle l'entendait. — La femme pouvait confier au mari l'administration de ses dettes actives paraphernales et en ce cas il pouvait agir, employer les intérêts aux dépenses nécessaires de la famille sans être tenu que du principal. Il n'était pas même tenu de restituer le principal s'il l'avait consommé du consentement de sa femme, à moins qu'il n'en soit devenu plus riche. Mais s'il avait perçu les fruits des paraphernaux contre la volonté de sa femme il devait les restituer même s'il n'en était pas devenu plus riche (1). On décidait en général qu'il devait également les restituer s'ils étaient encore en nature, quoiqu'il les ait perçus du consentement de sa femme (2).

Constituée uniquement dans l'intérêt du ménage, propriété de la femme, la dot devait être restituée à la femme ou à ses héritiers. Il fallait donc la conserver intacte. Ce principe que la dot devait être sauvegardée par la femme et les enfants était l'un des grands principes du régime dotal et passait dans l'ancien droit français pour un dogme juridique. Voici les protections créées en partant de cette idée :

1° Tout d'abord l'inaliénabilité dotal puisée dans le

fonds. Mais je crois qu'en ce cas il faut donner aux créanciers l'option de payer la dot à cette femme et retenir par ce moyen le fonds dans la distribution, et allouer par privilège sur tous les biens du mari pour cette dot le créancier qui l'aura payée. »

(1) Du Rousseaud de la Combe, v° *Dot*, Partie II, Sect. I, n° 3.

(2) En ce sens Barthole, Guypape, Despeisses. Mais Du Rousseaud de la Combe (*eod. loc.*) dit que la question était discutée.

droit romain, avec son corollaire l'imprescriptibilité. A vrai dire cette idée, si elle était acceptée sans réserve au XVIII^e siècle, avait eu un peu de peine à s'établir dans la France méridionale (1); mais le Parlement de Toulouse l'appliquait scrupuleusement malgré le texte formel de la coutume du XIII^e siècle (2). La nullité de l'aliénation était absolue même si elle avait eu lieu du consentement de la femme et après la séparation de biens (3).

Cette règle souffrait quelques exceptions : la dot était aliénable dans le contrat de mariage lui-même, ou postérieurement lorsque le contrat le prévoyait (4) — le mari pouvait aliéner le fonds dotal s'il avait été estimé — (5); en cas de nécessité urgente, le mari ou la femme pouvait être autorisé en justice de le vendre pour pourvoir à la subsistance de la famille, tirer le mari de prison. On exceptait encore le cas de la donation que la femme en faisait, sans le consentement du mari, et en s'en réservant l'usufruit, en faveur de ses enfants; de même le bien indivis donné en dot, s'il était impartageable en

(1) Notamment dans le Périgord. Cf. Lefebvre, *Droit des gens mariés en pays de droit écrit*, p. 47, et Cf. Dumas, thèse citée par Lefebvre.

(2) Cf. Serres, *Institutions*, Liv. II, Titre VIII. Catellan, Liv. IV, Chap. XII.

(3) « Quand l'aliénation du fonds dotal, dit Yedel sur Catellan, a été faite par le mari et la femme conjointement, la femme ne peut en demander la cassation *constante matrimonio*, encore qu'il y ait une séparation volontaire et un certificat de pauvreté du mari qui autorise la séparation. Ainsi jugé par arrêt du 4 juillet 1722 rendu en la 1^{re} Chambre des enquêtes au rapport de M. Catellan-Lamasquère... La raison de cet arrêt peut être prise de ce que la séparation qui se fait *marito ad inopiam vergente* ne donne aucune espèce de faculté à la femme de commercer ni de traiter sur la propriété du fonds dotal, mais elle lui acquiert seulement le maniement des fruits et revenus pour être employés à l'entretien commun de son mari, d'elle et de ses enfants... le mari n'est même pas absolument dépouillé de la propriété du fonds dotal (quoique séparé en biens d'avec sa femme). » (Liv. IV, Chap. XLV.)

(4) Catellan, Liv. IV, chap. XLV, *in fine*.

(5) A moins qu'on ait stipulé que malgré cette estimation la femme aurait le choix de reprendre le fonds.

nature, pouvait être vendu. « A plus forte raison, ajoutait Serres, le fonds dotal peut aussi être vendu, aliéné et décrété, à la requête des créanciers du père ou de la mère de la femme, auxquels elle avait succédé, sans qu'elle puisse le revendiquer, parce que c'est une aliénation nécessaire qui vient *ex causa antiqua*, tout comme il peut être décrété, et le mari en être évincé, pour les dettes contractées par la femme elle-même avant son mariage (1). »

L'imprescriptibilité était la conséquence forcée de l'inaliénabilité. Cependant la prescription d'un immeuble commencée avant le mariage continuait ; de même la prescription d'une somme due à la femme courait en faveur de son débiteur, quoique la femme ait constitué à son mari tous et chacun de ses biens, même si elle n'avait pas commencé avant le mariage, sauf bien entendu, à la femme son recours contre son mari administrateur de sa dot (2).

2° La femme pouvait demander la séparation quand sa dot était en danger (3).

(1) Pour toutes ces exceptions, Cf. Serres, *Institutions*, Liv. II, Tit. VIII, Pr.

(2) Catellan, Liv. IV, Chap. XLV. La prescription courait-elle quand le mari était insolvable ? « A l'égard du possesseur du fonds dotal, Cambolas, Liv. IV, Chap. XXVII, donne le recours à la femme dont le mari est insolvable, contre celui qui a prescrit le fonds dotal qu'il avait commencé de prescrire avant le mariage. Duperrier est du même avis au Liv. III, Chap. VI.

« Je crois cet avis contraire à la décision de la loi *si fundum ff. de fund. dot.* qui parle en termes généraux et dans le cas même où la femme ne peut pas avoir son recours contre son mari et qui décide expressément que la loi Julia qui défend l'aliénation ou prescription du fonds dotal « non interpellat eam possessionem quæ per longum tempus sit, si antequam constitueretur dotalis fundus jam cœperat. » Catellan, *eod. loc.* La solution était d'ailleurs la même pour la dette, le mari étant censé l'avoir reçue.

(3) Du Rousseaud de la Combe, v° *Séparation*, Partie I, n° 2, 4 et sqq. V° *Dot*, Partie II, Sect. VI, n° 3. — « Si la femme demande seulement une séparation de biens, il faut qu'elle prouve la dissipation par des titres, si elle en peut trouver, comme des obligations contractées par le mari, des

3° Le mari était responsable de la dot.

4° Pour que cette responsabilité ne soit pas vaine, la femme avait une hypothèque privilégiée sur les biens de son mari, et elle était préférée à tous les créanciers de son mari même antérieurs, pour la répétition de sa dot (1). Cependant l'usage limitait les effets de ce privilège à l'égard des créanciers qui avant la célébration n'avaient pas dénoncé leur dette et leur hypothèque à la future épouse ; au contraire, le créancier qui avait fait cette dénonciation conservait son premier droit et la priorité du temps le rendait préférable à la femme. S'il y avait d'autres créanciers antérieurs à la femme et au créancier dénonçant, ils n'étaient payés qu'après la femme (2).

5° Il existait une dotalité spéciale, appelée *dotalité subsidiaire*, qui venait frapper les biens du mari insolvable auquel il était impossible de rendre la dot. Ainsi, quand un mari avait reçu une dot en argent et avait acquis un immeuble en son nom, cet immeuble qui n'était pas dotal, lorsqu'il n'y avait pas de clause de remploi devenait subsidiairement dotal si, au moment de la restitution de la dot, le mari était dans l'impossibilité de la rendre (3). — C'était une dotalité subsidiaire :

contrats de vente de ses immeubles, des saisies de ses biens à la requête de ses créanciers, et autres de cette nature ;... à défaut de titre elle peut en faire la preuve par témoins... » (Argou, *Institution*, Liv. III, Chap. XX.)

(1) Le Parlement de Toulouse était le seul qui ait conservé aux femmes ce privilège. Merlin, *Répertoire*, v° *Dot*, § XII, n° 2.

(2) Catellan, Liv. IV, Chap. XXXIII. — Ce privilège de la femme fondé sur la loi *Assiduus* était critiqué par Vedel (sur Catellan, Liv. IV, Chap. XXXIII) comme contraire au commerce public des contrats, et « la femme devrait être réduite au droit commun, disait-il. »

(3) Cf. Julien, *Eléments de jurisprudence*, p. 55 ; *Statuts de Provence*, t. II, p. 571. — Bordeaux, 9 janvier 1839. *Recueil des arrêts de Bordeaux*, 1839, p. 17 ; 16 décembre 1840 ; *ibid.*, 1840, p. 611. — C'est en somme la théorie de la dot incluse élaborée postérieurement à la promulgation du Code civil par la jurisprudence, dans une pensée de protection de la femme.

les créanciers du mari ou les acquéreurs pouvaient se soustraire au recours de la femme sur l'immeuble en la désintéressant.' — Il en était de même pour l'immeuble donné en paiement de la dot promise en argent.

A la cessation de la vie commune, le mari était tenu de restituer la dot. Les ayants droit devaient faire la preuve du paiement de la dot (1). Néanmoins le mari en était responsable à l'égard de la femme s'il avait dépendu de lui seul de la recevoir, et la femme pouvait alors la répéter sur ses biens sans établir qu'elle avait été payée.

D'après la jurisprudence de Toulouse (2) : 1^o le mari était responsable de la dot s'il ne s'était pas fait payer par le constituant étranger, même donateur, au temps et au terme portés sur le contrat de mariage ; 2^o lorsque la constitution était faite par le père de la femme et que le mari était resté dix ans après la célébration ou le terme du paiement sans en faire la demande à son beau-père ; 3^o s'il n'avait pas réclamé au beau-père après dix ans même si le beau-père était solvable (3).

(1) Si le mari donnait quittance de la dot après le mariage, il fallait que ce fût en présence des parents du mari et qu'il soit déclaré d'où procédaient les deniers, sans cela on la regardait comme un avantage indirect. — Si la quittance était passée avant le mariage par devant notaire, avec réalisation en leur présence *statu instrumento et ei creditur*, sauf inscription de faux. Du Rousseaud de la Combe, v^o *Dot*. Part. II, Sect. IV, n^o 3.

(2) Le Parlement de Toulouse avait modifié les principes de la loi 33 *si extraneus ff. de jur. dot.* d'après lesquels : si le constituant était un étranger qui avait promis la dot y étant tenu, *ex necessitate*, et qu'il soit devenu insolvable, le mari était responsable à l'égard de sa femme quoiqu'il ne l'ait pas exigée ; mais si cet étranger constituant avait promis cette dot par pure libéralité, ou si c'était le père ou la future épouse, le mari n'en était pas responsable s'il n'avait pas été payé (Catellan, Liv. IV, Chap. XLVI).

(3) Catellan, Liv. IV, Chap. XLVI. — Dans certains cas le père était responsable envers sa belle-fille de la dot reçue par son fils : « Si la dot a été

Les délais pour effectuer cette restitution étaient différents suivant la nature de la dot : lorsque la dot consistait en immeubles elle devait être restituée sans délai ; de même si elle consistait en meubles non estimés (1). Si elle consistait en deniers, meubles estimés, bétail ou droits incorporels, elle devait être rendue après l'an révolu. Mais, incontinent après la dissolution du mariage, le mari ou les héritiers étaient obligés de donner caution de la rendre audit délai, sinon ils étaient contraints de la rendre immédiatement (2). D'une façon générale, si la dot était estimée il fallait rendre le prix et non la chose, sauf stipulation expresse (3). L'augmentation survenue à la dot profitait à la femme, de même que la diminution

payée à son fils qu'il a en sa puissance : *si dos filio data sit jussu soceri absolute socer tenebitur*, c'est-à-dire, si la dot a été payée au fils du consentement du père, le mot *jussus* étant mis pour celui de *consensus*... et, suivant cette explication du mot *jussus*, l'usage du Parlement a établi que la seule présence du père dans le contrat de mariage de son fils où ce fils reçoit une dot, rend le père responsable de cette dot ainsi reçue en sa présence et de son consentement — que l'on peut présumer d'ailleurs avoir passé des mains du fils dans les mains du père et *pervenisse ad potentionem*, et la femme peut la répéter sur les biens du beau-père par privilège et préférence à tous créanciers. — On est même allé plus avant car il a été jugé que la présence seule rend le père responsable de la dot, quoique cette dot, promise seulement dans le contrat de mariage auquel le père avait assisté, ait été payée depuis au fils en son absence..... — Enfin il a été jugé que la dot est rejetée par privilège sur les biens du père qui, dans le contrat de mariage de son fils, s'est obligé avec son fils de la reconnaître lorsqu'elle sera payée, quoiqu'elle ait été payée au fils après la mort du père. (Arrêt de 1657). — Mais, si le père mariant son fils l'émancipe dans le contrat de mariage et lui fait une donation, en ce cas la femme ne pourra agir pour la répétition de sa dot que sur les biens donnés à son mari et n'aura nulle hypothèque sur les autres biens de son beau-père nonobstant sa présence au contrat de mariage. » — Catellan, Liv. IV, Chap. X.

(1) Du Rousseaud de la Combe, v^o *Dot*, Partie III, Sect. I, n^o 2.

(2) *Eod. loc.*, n^o 3. D'ailleurs « Pacte qui diminue le délai pour la restitution de la dot est valable, mais qui le retarde est nul. » (n^o 4). — Cf. pour la restitution, Serres, *Institutions*, Liv. II, Titre XX.

(3) *Eod. loc.*, Sect. II.

survenue sans faute du mari était supportée par elle (1). Mais la perte ou diminution des choses dotales, consistant en poids, nombre ou mesure, quoique non estimées, regardait le mari, de même que l'argent et les bestiaux (2).

La veuve avait d'ailleurs la jouissance des biens du mari pendant l'année de deuil jusqu'à parfaite restitution de la dot (3).

La jurisprudence du Parlement de Toulouse avait adopté et largement étendu les dispositions des nouvelles 53 et 71, chap. 5 et 117, qui accordaient aux femmes indotées le droit de prendre dans la succession de leur mari, non à titre d'héritage, mais comme d'un bien commun et pour soulager leur pauvreté et leur indigence, un quart de la succession, s'il y avait trois enfants ou moins, et une portion virile s'il en avait un plus grand nombre, en propriété s'il n'y avait point d'enfant, en usufruit s'il y en avait (4). La jurisprudence avait étendu cette disposition à la femme ayant une dot modique, et au mari pauvre, au décès de sa femme riche (5).

D'ailleurs le Parlement de Toulouse jugeait que le mari gagnait une portion virile de la dot, conformément à la coutume de Toulouse (6).

(1) *Eod. loc.*, Sect. IV.

(2) *Eod. loc.*, Section IV, n° 3 et sqq. Pour le partage des fruits de la dot au moment de la dissolution, V. *Eod. loc.*, Sect. III.

(3) Notamment, Serres, *Institutions*, Liv. II, Titre XX.

(4) « Sur quoi néanmoins doivent être imputés les legs et autres libéralités faites au conjoint par le prédécédé. » Catellan, Liv. IV, Chap. XI.

(5) Catellan, *eod. loc.* Bretonnier, v° *Femme*. Julien, *Statuts de Provence*, t. I, p. 471. Despeisses, Titre du mariage, Sect. V. Tous ces auteurs attribuent la succession au mari comme à la femme, malgré la Nov. 117. Du Rousseaud de la Combe, v° *Succession*, Partie I, Sect. IV, n° 2, ne paraît l'accorder qu'à la femme.

(6) Catellan, Liv. IV, Chap. XXIX. Était-ce spécial à Toulouse ? ou le jugeait-on ainsi pour tout le ressort du Parlement ? Remarquons que la coutume de Montpellier attribuait la dot au mari lorsque la femme mourait

Dans certains pays de droit écrit on connaissait une institution semblable au douaire des pays de coutumes : l'*augment de dot*. Il était conventionnel ou coutumier ; en l'absence de statut ou de coutume particulière accordant un augment à la femme, il fallait une convention. Cependant le Parlement de Toulouse jugeait que le seul usage non écrit suffisait pour l'accorder. En général il était de la moitié de la dot (1).

III. — L'opposition des deux législations était donc très nette, le projet témoignait, dans son désir de marquer la supériorité de la communauté, une véritable hostilité aux coutumes des pays de droit écrit. Ne nous étonnons donc pas si la défense de la législation méridionale est énergique et si la législation projetée est sévèrement attaquée. C'est à quatre reprises que le Tribunal de Montpellier revient à la charge : dans le § 1^{er} de son rapport il a détaillé plusieurs observations (2) qu'il reprend longuement dans le § 2 ; dans le § 3 il lance, dans une phrase qui résume toute sa pensée (3), un dernier trait acerbe. Et puis il joint à son rapport un projet de régime dotal pour en montrer l'harmonie et la simplicité, la logique et l'équité.

Ses observations se divisent en deux points : d'une part, il critique avec force l'adoption du régime de com-

pendant le mariage : « *Res immobiles quæ in dolum vero traduntur, si premortalur uxor, vir debet uti et tenere in tota vita sua, nisi pactum in contrarium reclamaverit.* » (Art. 118.) Dans le même sens coutumes de Bordeaux, Agen, quelques coutumes locales d'Auvergne (Ginoulhac).

(1) Cf. Serres, *Institutions*, Liv. II, Tit. VII, § 3.

(2) Nous avons signalé les plus saillantes au passage.

(3) Fenet, t. IV, p. 527.

munauté comme régime légal imposé aux époux mariés sans contrat ; — d'autre part, il reproche au projet de n'avoir point prévu les règles du régime dotal du midi de la France, tandis qu'il offrait un mode uniforme de communauté entre époux, la nécessité de donner parallèlement un mode uniforme de dotalité se faisant d'autant plus sentir, que le projet interdisait formellement de renvoyer par une simple stipulation « aux lois, statuts, coutumes, usages qui avaient régi le pays jusque-là ».

Nous étudierons donc successivement la critique du système proposé, et puis le projet de régime dotal du Tribunal de Montpellier.

§ 1^{er}. — Communauté de biens et droits des époux

Les observations présentées dans le § 2 du Rapport sous cette rubrique et sous les articles du Titre X du Livre III répondent aux deux idées suivantes : la communauté de biens entre époux ne peut être opérée par le seul effet du mariage ; c'est le régime de séparation de biens qui devrait être le régime des époux sans contrat. — Le régime de communauté doit d'autant moins être admis comme régime légal qu'il est mauvais en soi.

A. — *Le régime de communauté considéré comme régime légal.* — Nous avons déjà rencontré sous la plume des magistrats de Montpellier cette idée, que le mariage ne peut pas de lui-même régler le sort des biens des époux (1) ; c'est la même idée que le Tribunal de

(1) V. Fenet, t. IV, p. 469 ; Cf. plus haut notre Chapitre sur l'autorité maritale, p. 67.

Montpellier met en relief, en premier lieu, et développe pour combattre l'adoption du régime de communauté comme régime légal : « D'abord, dit-il, par cette disposition extraordinaire le contrat de mariage acquiert une force et une vertu qu'il ne trouve pas dans sa nature ni dans son essence. Unir les époux, tel est l'effet naturel de ce contrat. Régler leurs biens, c'est l'affaire de leur consentement particulier, ajouté à celui qui fait l'essence de l'union conjugale. L'union des personnes, ou, pour mieux dire, des volontés, n'a rien de commun avec la société des biens (1). »

Les engagements ne se présument pas ; la présomption étant d'ailleurs en faveur de la liberté, il faut supposer que les biens des époux sont libres entre leurs mains, lorsqu'ils n'ont point signé de conventions spéciales. La femme devrait donc avoir la libre administration de ses biens, meubles et immeubles, et la pleine jouissance de ses revenus, le mari étant seul chargé des frais du ménage, sauf ce qui concerne l'entretien personnel de la femme (2). — A l'appui de cette thèse le Tribunal, rappelant l'opposition des législations des pays de coutume et des pays de droit écrit, montre comment les principes romains ne laissaient pas supposer que le mariage entraînât une société de biens quelconque entre époux, ou une libéralité de l'un en faveur de l'autre, mais permettaient de stipuler « par une convention expresse » un avantage au profit du mari, en compensation des charges du mariage qu'il supportait : la dot,

(1) Fenet, t. IV, p. 493.

(2) C'est en effet aux articles 116, 117, 118, que le Tribunal renvoie pour un régime de droit commun. V. Fenet, t. IV, p. 456.

dont il avait la jouissance et la femme la propriété (1), ainsi que tous autres pactes entre époux.

Il faut laisser aux époux mariés sans contrat la libre administration de leurs biens, « car dès lors qu'il leur est libre de régler à cet égard leurs conventions, et que tous usages locaux sur ce point sont abolis, on doit s'attendre que leur silence ne doit pas changer leur situation naturelle et la transformer en un engagement des plus essentiels et des plus compliqués (2) ».

L'utilité publique demande qu'il en soit ainsi : En pays de droit écrit, d'une part, on ne serait pas obligé de faire un contrat souvent onéreux, puisqu'on a l'habitude de suivre ce système (3) ; en pays de coutume, d'autre part, ou bien la coutume légale n'avait pas lieu dans la région et alors elle produit les mêmes inconvénients qu'en pays de droit écrit, ou bien l'usage local était conforme à la coutume légale, et alors il serait bien rare que les conjoints n'aient rien à y changer et ils seront ainsi fatalement conduits à faire un contrat.

Au surplus il est impossible, dans un contrat de mariage, de prévoir tous les détails sur le régime des biens entre époux ; c'est « la disposition générale de la loi ou de l'usage du pays » qui supplée aux omissions. Or voilà précisément que l'usage général du pays est aboli ; par suite, les cas non prévus dans le contrat seront forcément régis par les règles de la communauté légale : alors même que les conjoints n'auront pas voulu s'y soumettre !

(1) Fenet, t. IV, p. 494.

(2) Fenet, t. IV, p. 496.

(3) La question était d'ailleurs discutée de savoir si les biens d'une femme qui se mariait sans contrat étaient dotaux ou paraphernaux. — V. plus haut, p. 202.

Le régime de communauté ne peut donc suppléer au silence des parties, puisque d'une part il ne répond ni à la logique, ni au droit naturel qui déclarent libres les biens des époux mariés sans contrat, puisque d'autre part il est en opposition trop marquée avec les mœurs du midi de la France.

B. — *Critique du Régime de communauté considéré en lui-même.* Mais ce n'est pas tout. Proposer ce régime comme régime légal, c'est choisir celui qui dans son essence même est le plus compliqué, le moins juste, le plus contraire aux intérêts économiques du pays.

Le Tribunal de Montpellier présente contre la communauté une série d'arguments suggérés par sa composition, son administration, sa dissolution, les droits et engagements qui en résultent entre les époux.

En premier lieu un argument d'ordre pratique : ses règles sont beaucoup trop compliquées. Elles ne forment « qu'un chaos d'engagements que les parties contractantes seront loin de pouvoir comprendre ». Elles seront donc la source de nombreuses contestations et « jamais le dire de la loi *Communio jurgia parit atque lites* ne peut mieux s'appliquer qu'au genre de communauté qu'on veut introduire malgré l'anathème prononcé contre les sociétés de biens en général » (1). Ce régime apparaît comme « une pomme de discorde que le nord de la France veut jeter dans le Midi : fruit que la barbarie des Francs avait cueilli sans doute dans les forêts de la Germanie, et qu'elle a apporté dans les Gaules, au milieu du tumulte de la victoire et de la licence des camps » (2).

(1) Fenet, t. IV, p. 499.

(2) Fenet, t. IV, p. 500.

— Cherchant une différence de caractère et de tempérament entre la femme du Nord et celle du Midi, il poursuit : « Peut-être même que dans les climats méridionaux un pareil usage trouverait encore plus d'inconvénients que dans la France septentrionale. Si ici l'aptitude des femmes pour les affaires laisse moins de différence entre elles et les hommes, il est certain qu'il y aura moins d'inégalité dans la mise en société de leur travail et de leur industrie, et que, par conséquent, le partage égal des profits et des pertes sera une disposition de la loi projetée qui sera d'autant moins injuste. Mais si le premier des rapports n'est plus le même en changeant de climat, il ne restera alors qu'un résultat faux et injuste, une égalité de profits pour une frappante inégalité de mise, ou le soin minutieux de mieux régler cet équilibre d'intérêts (1). »

Ensuite un argument d'ordre psychologique : la communauté étant un moyen d'acquérir pour les femmes, il faut craindre qu'elle ne remplace l'amour conjugal par l'amour des richesses (2), et le Tribunal invoque l'auto-

(1) Fenet, t. IV, p. 500. Le Tribunal n'est-il pas en contradiction avec lui-même ? Il paraît dire ici que les femmes du Midi sont moins aptes aux affaires que les hommes (alors qu'il n'en serait pas de même dans le Nord), ce qui, dans un système de communauté, conduirait à un résultat faux et injuste ; alors qu'il avait protesté contre l'incapacité de la femme mariée sous le prétexte qu'elle était apte aux affaires comme son mari. Cf. ses obs. sur l'autorité maritale. Fenet, t. IV, p. 469 *in fine*, et notre commentaire ci-dessus, Chap. I^{er}, p. 69.

(2) Le Tribunal s'exprime ainsi : « Alors l'amour des richesses et de l'indépendance remplaçant l'amour conjugal, le luxe, l'orgueil et la licence corruptrice du sexe feraient tout craindre pour les mœurs et pour la tranquillité des ménages », et encore ainsi : « le désir du gain prenant dans leur cœur la place de sentiments plus purs pourrait donner le change à leurs penchants, à leurs devoirs, et transformer en spéculation de commerce le dévouement désintéressé qui doit caractériser leurs tendres sentiments. » Fenet, t. IV, p. 501 et p. 500.

rité et la sagesse des Romains qui avaient interdit aux femmes d'être héritières, parce qu'ils comprenaient le danger des richesses pour elles.

Un argument politique : s'inspirant des idées de Montesquieu et du rapport qui doit exister entre la nature du gouvernement et la condition des femmes et le régime de leurs biens (1), il déclare impossible dans la France républicaine la communauté qui, plus convenable sous les gouvernements monarchiques, n'était même pas générale en France avant la Révolution (2).

Le dernier argument est d'ordre économique : la communauté, par suite des embarras, des complications auxquels elle conduit, ne convient pas à un pays commerçant où la bonne foi doit régner, car la femme, sous le régime de communauté, « peut tromper à tout moment la foi publique » (3).

Oui sans doute, ajoute-t-il, il faut venir au secours de la femme mariée : que ce soit « non par l'établissement de la société des biens, mais d'une manière plus analogue à leur situation, à l'intérêt du mari et à la tranquillité des familles » (4). Sans doute il faut leur assurer

(1) « La communauté des biens introduite par les lois françaises entre le mari et la femme est très convenable dans le gouvernement monarchique, parce qu'elle intéresse les femmes aux affaires domestiques, et les rappelle, comme malgré elles, au soin de leur maison. Elle l'est moins dans la république où les femmes ont plus de vertu. Elle serait absurde dans les Etats despotiques, où presque toujours les femmes sont elles-mêmes une partie de la propriété du maître. » Montesquieu, *Esprit des Loix*, Liv. VII, Chap. XV.

(2) Fenet, t. IV, p. 501.

(3) Fenet, t. IV, p. 501 : « On pourrait ajouter que cet usage ne saurait convenir non plus à aucun pays commerçant, monarchique ou républicain... Quelle porte ouverte à la fraude dans les faillites du mari, quelquefois nécessitées par les profusions et le luxe de la femme, qui trouvera encore le moyen d'en profiter ! »

(4) Fenet, t. IV, p. 502. Que veut dire le Tribunal par cette expression : « plus analogue à leur situation » ?

la conservation de leurs droits et de leurs biens, leur accorder même des privilèges contre les héritiers et les créanciers du mari.

Cette idée de protection due à la femme dicte au Tribunal sa dernière observation (1) : le projet abandonne la veuve qui attend la restitution de sa dot, dans les embarras de la procédure et dans le dénuement le plus injuste. Il faut puiser dans les coutumes locales les dispositions si heureuses que le projet abandonne : la veuve doit vivre l'année de deuil sur les biens du mari, ensuite prendre pleinement possession de sa succession, jusqu'au paiement de sa dot. Les créanciers du mari ne doivent être payés qu'après elle, son opposition aura pour effet de lui faire adjuger l'objet saisi jusqu'à concurrence de toutes ses créances dotales. — Voilà comment il importe de protéger la femme.

§ 2. — Projet de loi sur les dots

Quel que soit le régime légal choisi, il restera aux conjoints la faculté de se constituer des dots, de même il leur sera loisible d'établir la communauté de biens entre eux, lors même qu'elle ne résulterait pas de leur silence.

Or qui ne sent le défaut de symétrie du projet ? Il donne l'avantage d'un mode uniforme de communauté effaçant ainsi la diversité des nombreuses coutumes, alors qu'il n'offre pas un mode général et uniforme de constitutions dotales, auquel pourraient se rapporter les époux qui se fixeraient à ce genre de contrat.

(1) Fenet, t. IV, p. 502.

Ne devrait-on pas penser aux habitudes des pays de droit écrit, et satisfaire dans la mesure du possible ses goûts et ses intérêts, complètement sacrifiés par le projet ?

Pour ne rien laisser à désirer, le Code devrait donc présenter, à côté d'un mode uniforme de communauté, un mode uniforme de constitution dotale.

C'est dans cette pensée et pour faire connaître au législateur la législation vraiment souhaitée par la région que le Tribunal joint à son rapport un projet sur les dots (1).

Précédé de quelques considérations générales que son auteur a cru devoir présenter « sur certaines dispositions systématiques » qui le caractérisent, ce projet comprend 96 articles classés sous trois rubriques : *De la constitution de la dot* (2) ; *de l'administration de la dot* (3) ; *restitution de la dot* (4).

La dot est ainsi définie par l'article 1^{er} : « Si, par une convention expresse (5), il est promis ou donné quelque chose au futur époux, ou au mari pour en jouir pendant le mariage afin d'en supporter les charges, ces biens constituent une dot dont le mari a la jouissance et la femme la propriété. »

Le Tribunal de Montpellier tranchait donc dans cette

(1) Œuvre, sans doute, non de la commission qui rédigea le rapport, mais d'un membre du Tribunal. V. à ce sujet notre 1^{re} Partie, Chap. II, notamment p. 56.

(2) Art. 1 à 30, Fenet, t. IV, p. 546.

(3) Art. 31 à 58, Fenet, t. IV, p. 552.

(4) Fenet, t. IV, p. 558.

(5) La dot pouvait d'ailleurs être tacite, selon l'art. 2, et constituée sans convention, au cas de legs « d'une chose pour servir de dot », ou bien au cas de second mariage où la dot est censée être la même que sous le premier. Ce qui était conforme à la jurisprudence du Parlement de Toulouse. Cf. plus haut, p. 204.

définition la question alors discutée de savoir si les biens de la femme étaient dotaux ou paraphernaux quand il n'y avait pas eu de constitution de dot expresse et adoptait la solution de la jurisprudence (1). Il l'avait déjà indiquée dans le § 2 de son rapport en écrivant que l'on avait l'habitude de suivre les règles du régime de séparation de biens quand il n'y avait point de contrat (2).

Le mariage peut être contracté sans dot : la fille étant libre de ne point se constituer ses biens en dot quelque importants qu'ils soient, ou de les constituer en tout ou en partie. — « Les biens non constitués en dot ou *extra-dotaux* demeurent à la femme en propriété et en jouissance et le mari n'en a l'administration qu'autant qu'elle veut le lui permettre » (3). — Si elle était mineure elle devait être assistée de son curateur pour constituer ses immeubles (art. 5).

Toute personne ayant la libre disposition de ses biens, un mineur assisté d'un curateur et autorisé de justice peut constituer une dot à une fille qui se marie.

La survenance d'enfants au constituant n'est plus une cause de révocation, elle peut seulement donner lieu à une réduction, à un « retranchement » pour satisfaire la légitime de ces enfants à la mort du constituant, ou pour la constitution de leurs propres dots à l'époque de leur établissement. Ce principe avait été admis par les rédacteurs du projet de Code, contrairement à la règle jusqu'alors suivie (4).

(1) Cf. plus haut, p. 202.

(2) Cf. plus haut, p. 219, et Fenet, t. IV, p. 496.

(3) Art. 3. Fenet, t. IV, p. 546.

(4) Le Tribunal de Montpellier paraît donc abandonner avec empressement la jurisprudence du Parlement de Toulouse. Cf. plus haut, p. 205.

Mais la disposition qui doit le plus fixer l'attention aux termes mêmes du rapport (1) est l'obligation de doter qui est faite non seulement aux pères et ascendants paternels, mais même subsidiairement à la mère, aux ascendants maternels, ainsi qu'au frère riche de la sœur pauvre.

Ce principe a déjà été énoncé par le Tribunal à propos de la puissance paternelle, où il apparaissait comme le contre-poids des pouvoirs absolus du père (2). Ce sont les droits de la nature que le projet du Tribunal veut rétablir : « la faveur du mariage en fait une nécessité à la loi politique et l'intérêt des mœurs le commande au législateur. »

Ce n'est donc pas seulement le père qui doit doter. Les art. 8 à 16 du projet (3) sont l'application d'un principe beaucoup plus général : le droit pour la fille qui se marie d'avoir une dot.

Voici bien ici les idées des pays de droit écrit sur la famille (4) en opposition avec la législation projetée. La famille ne doit pas se dissocier : « Par ces devoirs et ces droits réciproques le lien de famille avait la plus grande force chez les Romains et le nerf de l'Etat n'en avait que plus de vigueur. — Dans quel isolement et dans quel abandon mutuel le projet de Code ne laisserait-il pas les pères, les enfants et les frères lorsque ceux-ci seraient parvenus à un certain âge ? Tous les rapports de famille finiraient entre eux, pour ainsi dire, à la majorité (5). »

(1) Fenet, t. IV, p. 540.

(2) Cf. plus haut, p. 93, et Fenet, t. IV, p. 472.

(3) Fenet, t. IV, p. 547.

(4) Cf. plus haut, p. 205, et Serres, *Institutions*, II, 8, et les auteurs de droit écrit.

(5) Fenet, t. IV, p. 541.

En présence des difficultés qui s'étaient élevées dans la pratique au sujet des constitutions faites par le père sans stipuler si la dot était prélevée sur les biens du père ou sur les biens de la mère, le projet du Tribunal de Montpellier précise (1) : si c'est le père qui constitue, la dot est prise sur les biens de la fille, sur ceux de la mère ensuite, sur ceux du père enfin qui doivent « dans tous les cas fournir une dot congrue » si les biens de la mère sont certains ; mais si la mère était en vie, ou si ses biens étaient incertains « le père n'est censé avoir doté alors que sur les biens de la fille et sur ses seuls biens ». — Si c'est la mère qui dote, après le décès du père, la dot est censée prise sur les biens de la fille, ensuite sur ceux du père et de la mère par moitié (2).

Adoptant la jurisprudence du Parlement de Toulouse et le principe connu du droit écrit, le Tribunal donne à la fille une action contre son père si sa dot n'égale pas le montant de ses droits légitimaires. Cette action en supplément donnée contre le père seulement ne sera admise qu'au décès du père, si l'insuffisance de la dot provient d'une augmentation de biens personnels, postérieure au mariage.

La renonciation de la fille à la succession de ses parents était désormais interdite.

Toutes conventions sont autorisées en matière de constitutions dotales, à la condition de ne pas porter atteinte aux privilèges et la sûreté de la dot (3).

(1) Art. 18 et 19.

(2) De même si c'est un étranger qui dote.

(3) Art. 23. Et même « si c'est un étranger qui constitue la dot, il lui est permis d'y mettre tous les pactes qu'il trouvera convenables, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à l'essence du contrat, quoique d'ailleurs ils tendent à détériorer la condition de la dot » (art. 24). Fenet, t. IV, p. 551.

Ces conventions étaient irrévocables, « tout changement ou dérogation étant de nul effet » (art. 27).

Le principe d'une constitution de dot dans l'intérêt du ménage et de la famille conduit à celui de la conservation de la dot au mari. Le projet présenté y pourvoyait.

1° Le constituant pouvait être tenu de fournir une nouvelle dot au mari évincé. Le Tribunal avait traduit dans l'art. 15 de son projet la jurisprudence du Parlement de Toulouse si ingénieusement élaborée (1) : « Le père, les ascendants paternels et leurs héritiers sont en outre tenus de constituer une seconde dot à la fille, si la première a dé péri pour cas fortuit, par l'éviction des biens du mari, et surtout par leur faute et leur négligence à *pourvoir à la sûreté* (2) de leur première dot. »

2° La promesse du constituant ne doit pas être vaine. Aussi le donataire a-t-il une hypothèque sur ses biens, qui probablement prendra rang au jour de la constitution (3).

3° Le constituant doit garantir la dot en cas d'éviction : « Dès que le fonds dotal est évincé, la garantie est due au mari dans tous les cas et contre toutes personnes qui ont constitué la dot. Il en est de même à l'égard des dettes cédées et autres choses constituées en dot. » (art. 28) (4).

« Quant au douaire préfix ou coutumier, la libéralité que fait le mari à la femme pour prix de sa vertu, l'aug-

(1) Cf. plus haut, p. 207.

(2) Ces mots sont en italiques dans le rapport du Tribunal de Montpellier. Fenet, t. IV, p. 549.

(3) Art. 24. Cf. plus haut, p. 208.

(4) Art. 29 : « Dans le cas de d'éviction du fonds dotal, le mari peut exiger qu'il lui en soit donné un autre, d'une égale valeur et qualité, s'il est au pouvoir de la personne qui doit lui fournir l'éviction : autrement, il lui sera payé le prix actuel du fonds évincé avec les dommages qu'il souffre par cette perte. »

ment dotal fait en faveur de la même, le gain de survie... tous dons mutuels... et autres libéralités » que l'art. prévoit dans les contrats de mariage, l'art. 26 du projet décidait qu'ils seraient réglés comme les parties en conviendraient « sans qu'aucun usage ou coutume puisse exercer désormais son empire à cet égard » (1).

Administration de la dot. — Le mari est seul administrateur de la dot : lui seul agira en justice pour recouvrer la dot contre tous débiteurs et détenteurs. Il en jouit comme un usufruitier, la femme en étant propriétaire. Dans certains cas cependant le mari en devient propriétaire à charge d'en restituer la valeur : lorsque la dot est constituée en argent comptant (2), lorsqu'elle consiste en un bien-fonds estimé (3).

Un bien acquis par le mari avec les deniers dotaux n'est point dotal « à moins qu'il n'en ait fait l'acquisition pour la femme et du consentement de celle-ci ».

Voilà pour les biens dotaux. — Quant aux biens extradotaux c'est la femme qui en a l'administration. Si le mari les administre à la connaissance de sa femme, celle-ci est censée le vouloir et le mari n'est plus tenu de rendre compte des fruits qu'il en retire, puisqu'ils sont supposés employés aux besoins communs (art. 48) ; mais du moment où cette administration des biens paraphernaux est faite par le mari contre la volonté de sa femme ou du moment où celle-ci l'en a chargé à la condition de rendre compte, il devient responsable des fruits de même que s'il avait un avantage manifestement personnel (art. 49). En tous cas la perception des fruits extradotaux par le mari met celui-ci dans l'obligation de

(1) Art. 26. Fenet, t. IV, p. 551.

(2) Art. 33.

(3) Art. 34, 35.

les imputer sur les améliorations ou de les compenser avec les impenses quelles qu'elles soient (art. 50).

Le principe que la dot, constituée dans l'intérêt du ménage, est la propriété de la femme, entraîne cette conséquence que la dot doit être conservée pendant la durée du mariage pour permettre à la femme (1) de la récupérer à la dissolution du mariage. Aussi le projet prévoyait-il une série de mesures conservatoires :

1° Tout d'abord le principe de l'inaliénabilité de la dot, avec son corollaire de l'imprescriptibilité, ainsi formulé : « le fonds dotal devant être restitué en nature par le mari, celui-ci ne peut le vendre, l'aliéner, ni l'hypothéquer, même avec le consentement de la femme », et son exception ainsi prévue : « à moins qu'il n'y soit autorisé en justice, et avec connaissance de cause, dans les cas seulement du paiement des propres dettes de la femme, des réparations nécessaires aux restans biens de celle-ci, pour subvenir aux pressans besoins de la famille, et par son propre rachat de captivité ou des prisons où il serait détenu pour crime ou même pour dettes civiles » (2). Les art. 42 à 44 réglaient l'imprescriptibilité des biens dotaux : d'une part, la prescription commencée avant le mariage continue, sauf à la femme à rendre son mari responsable s'il a eu le temps d'empêcher cette prescription ; d'autre part, il était impossible de prescrire un fonds dotal après le mariage. Enfin la prescription des dettes, fondée sur une présomption de paiement, peut être opposée à la femme ; le mari ayant, en effet, toutes les actions actives et passives de sa femme doit veiller à la conservation de ses droits et à la rentrée de ses créances

(1) Ou à ses héritiers.

(2) Art. 46. Fenet, t. IV, p. 455.

exigibles (1), il est donc censé avoir reçu paiement de la dette. Il est toujours responsable vis-à-vis de sa femme.

2° C'est ensuite le droit pour la femme soit d'obtenir la séparation de biens ou de faire mettre la dot en sûreté, quand sa dot est en danger, c'est-à-dire quand le mari est dissipateur ou prodigue, ou bien quand il commence à faire mal ses affaires (2). Elle a alors l'administration et la puissance de ses biens dotaux comme elle avait déjà l'administration de ses biens extradotaux (3).

3° et 4° C'est la responsabilité du mari d'où découlera cette garantie suprême de l'hypothèque légale et prévilégiée accordée à la femme sur les biens de son mari. Le mari administrateur de la dot en est responsable. Les art. 38 à 40 limitent et précisent sa responsabilité (4). L'art. 41 le dit formellement : « il est responsable de ce qu'il laisse perdre et prescrire ainsi que de l'insolvabilité des débiteurs survenue pendant le mariage, s'il y a de la

(1) V. art. 41.

(2) Elles devaient être ordonnées en justice « avec connaissance de cause et après des preuves suffisantes. » (Art. 54.)

(3) Mettre la dot en sûreté c'est la remettre au pouvoir d'un séquestre.

(4) Empreints de la jurisprudence du Parlement de Toulouse (Cf. Vedel sur Catellan), ils distinguent si la femme apportait en dot des droits universels ou de corps héréditaires, et en ce cas le mari est chargé du détail par nombre, poids et mesure, de l'argent monnayé et des denrées, pour être tenu, lors de la restitution de la dot, d'en restituer la valeur, ou d'en restituer tout autant de la même qualité ; s'il s'agissait d'argent ouvré, bijoux, habits, linge, ameublements, etc., cadeaux ou bestiaux estimés, et alors leur détérioration ou leur perte (comme leur profit) regardait le mari, tenu de rendre le prix de celles mêmes de ces choses consommées par la femme ou détruites sous sa faute ; s'il s'agissait des mêmes choses non estimées, le mari ne devait en répondre que s'il les avait vendues et devait restituer seulement ce qui n'aurait pas été consommé pour l'usage dans le même état où le tout se trouve après en avoir usé comme un usufruitier ; — s'il s'agissait de bestiaux composant un troupeau non estimé, le mari devait les entretenir et substituer du croit à la place des bêtes mortes, pour les rendre et restituer dans l'état où il les a trouvés, sauf en cas de perte par cas fortuit et sans sa faute, et alors il n'était pas tenu de remplacer.

négligence de sa part de n'avoir pas exigé d'eux ce qu'ils devaient » (1).

Pour que cette responsabilité du mari ne soit pas vaine, on accorde à la femme une hypothèque privilégiée sur les biens de son mari. — Si les biens de son mari sont saisis, elle peut faire opposition et se faire adjuger les biens saisis jusqu'à concurrence de sa dot et de ses cas dotaux (2), les créanciers ne pouvant plus se faire payer que sur les biens restants. — Cependant les créanciers antérieurs au mariage seront payés avant la femme sans qu'ils aient à lui faire connaître leur créance au moment de son mariage (art. 57), contrairement à la jurisprudence que nous avons indiquée (3).

Voilà un privilège exorbitant, mais l'auteur du projet y tient beaucoup et montre qu'il est très juste (4): « Il ne fait qu'assurer l'effet des droits antérieurs ou plus privilégiés de la femme, en dégageant sa cause des formalités et des longueurs des ventes forcées et des distributions de prix et en lui procurant pour sa dot le gage des biens qu'elle opte et dont elle se charge à l'estimation... Jamais l'efficacité d'un pareil privilège ne fut plus nécessaire aux femmes pour la conservation de leurs dots, que dans le système des nouvelles lois projetées » (5).

Restitution de la dot. — A la cessation de la vie commune le mari doit restituer la dot qui n'a plus de raison

(1) L'art. 42 le rappelle à propos de la prescription du fonds dotal et l'art. 44 à propos de la prescription des créances dotales.

(2) Art. 55 et 56.

(3) Cf. plus haut, p. 212.

(4) Fenet, t. IV, p. 541.

(5) Le Tribunal a en effet critiqué le système des hypothèques et des ventes forcées dans son rapport. V. Fenet, t. IV, p. 489. Cf. plus haut, Chap. VII, p. 178.

d'être. — Mais il faut qu'elle lui ait été réellement versée. Comment en faire la preuve ? D'une part, s'il y a eu pacte de mariage, la quittance donnée dans ce pacte ou postérieurement, si elle contient la numération réelle, ne pourra pas être attaquée par la preuve testimoniale ; « si on déclare avoir reçu l'argent à volonté, le mari ou ses héritiers peuvent prouver par témoins que la dot n'a pas été comptée, pourvu qu'ils aient un bon commencement de preuve par écrit » (1). D'autre part, s'il n'y a pas eu pacte de mariage ni promesse de dot, la quittance donnée par le mari « sans qu'il soit fait mention de la réelle numération » et s'il n'y a pas de fortes présomptions de paiement, la quittance est considérée comme une donation à cause de mort. — La quittance d'une somme plus forte que la dot est considérée également comme donation à cause de mort (2).

Les délais de restitution établis par Justinien et consacrés par le Parlement de Toulouse étaient maintenus : seuls les immeubles étaient restituables aussitôt après la dissolution ; la dot mobilière ne devenait exigible qu'une année après. — L'auteur du projet nous en donne les raisons faciles à comprendre. La veuve doit des égards aux héritiers de son mari qui ne lui sont pas étrangers ; il peut être difficile de restituer immédiatement une somme considérable reçue le plus souvent en plusieurs versements.

Par contre la veuve restera dans la maison de son mari pendant cette année, et ce sera pour elle une compensation.

La jouissance des biens du mari lui sera accordée

(1) Art. 61.

(2) Pour la jurisprudence du Parlement de Toulouse, p. 213. Cf. plus haut.

après l'année de deuil sans qu'elle ait de compte à rendre, jusqu'à parfaite restitution de sa dot. Ce privilège qui peut paraître « extraordinaire et exorbitant » était établi en faveur du mariage et sanctionné par « l'équité même et l'exacte justice » : Les héritiers du mari en effet étaient en faute s'ils n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour effectuer le remboursement dans l'année de deuil.

Puisant encore dans le droit romain et dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse, l'auteur du projet sur les dots prévoit une disposition bien humaine, volontairement omise par les rédacteurs du Projet du Gouvernement (1), en accordant au conjoint survivant le quart des biens s'il y avait 3 enfants ou moins, une portion virile s'il y en avait plus de 3, et ce, en usufruit s'il y avait des enfants, en pleine propriété s'il n'y en avait point (2).

Enfin une dernière disposition devait être puisée à la même source : le bénéfice de compétence accordé au mari pauvre (ou au beau-père) qui ne pouvait pas faire la restitution de la dot de sa femme prédécédée sans devenir indigent (3). Aussi l'art. 92 laissait-il la dot en

(1) Notamment quand ils supprimaient le douaire, complément de la communauté dans l'ancienne France coutumière, notamment dans ses dispositions sur les successions ab intestat où le conjoint survivant ne venait à la succession qu'en l'absence de tout parent.

(2) Art. 72.

(3) « Faveur également accordée à tous ceux à qui les engagements de la dot deviendront onéreux à ce point. » Fenet, t. IV, p. 544 ; de même p. 545. « Autant les lois romaines montraient de rigueur contre les débiteurs ordinaires, autant elles usaient d'indulgence à l'égard des maris et des donateurs exposés à la misère et à la pauvreté par suite de l'exécution de leurs engagements : elles ne voulaient pas que les maris fussent réduits à l'indigence par les héritiers d'une épouse qu'ils avaient choisie pour leur bonheur, et que les autres restassent victimes de leur bienfaisance, sans ressentir aucun effet d'un juste retour. »

jouissance au mari pauvre pendant toute sa vie et l'art. 93 accordait cette faveur « au beau-père de la femme qui a reçu la dot pour son fils et s'est chargé de la rendre. »

Les derniers détails du projet sont écrits sous l'influence des idées de puissance paternelle que nous connaissons déjà : le père assistait le fils dans son contrat de mariage, et, suivant le rôle qu'il avait joué, sa responsabilité devait être différente en matière de restitution dotale : si le père et le fils ont fait la quittance ensemble, c'est le père seul qui est responsable de la restitution lorsqu'il s'est réservé dans le contrat « de jouir de la dot dans la donation de ses biens qu'il fait à son fils » ; il sera tenu subsidiairement de la restitution de la dot même sans stipulation expresse et sans qu'il l'ait touchée, s'il a été présent au pacte de mariage et n'a rien constitué à son fils (1).

IV. — « Le régime des dots était celui du pays de droit écrit. La communauté était en usage dans les pays de coutume. — Les époux auront la liberté de se former, à cet égard, par leurs conventions, telle loi particulière qu'ils jugeront à propos. — Quand il n'y aura point de convention particulière les époux seront communs en biens », avait écrit Portalis dans le *Discours Préliminaire* (2), sans indiquer les raisons pour lesquelles on adoptait la communauté comme régime légal, sans montrer où était, dans cette importante question, la

(1) Fenet, t. IV, p. 563. V. art. 94, 95 et 96 du Projet.

(2) Fenet, t. I, p. 517.

transaction opérée entre la législation des pays de droit écrit et celle des pays de coutume.

Il n'y avait point de transaction. Les pays de droit écrit étaient nettement sacrifiés : le régime dotal admis dans leurs contrats, le régime de séparation de biens généralement considéré comme existant de plein droit en l'absence de toute convention, étaient vus avec une défaveur certaine. L'art. 119 faisait tout son possible pour écarter le régime de séparation et le régime dotal, et pour introduire une communauté là où les parties n'en avaient point spécifié, n'en avaient point voulu peut-être (1). Le Tribunal de Montpellier pouvait donc écrire dans son rapport : « Quant aux droits des époux résultant du contrat de mariage, cette matière a été l'occasion du principal triomphe des coutumes sur le droit écrit » (2).

Il y avait d'ailleurs un défaut d'harmonie choquant dans le projet. Si la transaction n'était pas possible en ce sens, que l'on ne pouvait adopter comme régime légal un régime tenant à la fois de la communauté et du régime dotal, on pouvait tout au moins prévoir les règles du régime dotal. Les idées développées à ce sujet dans le supplément du Rapport du Tribunal de Montpellier sont très justes. L'unification du droit aurait été réalisée en cette matière, comme en matière de communauté, en permettant aux futurs conjoints de renvoyer au chapitre consacré au régime dotal, tout comme ils pouvaient renvoyer au chapitre de la communauté.

Nous avons déjà dit (3) que la séparation de biens

(1) V. le § 2 de cet article.

(2) § 3 du Rapport. Fenet, t. IV, p. 527.

(3) Cf. Chap. I sur l'autorité maritale (p. 74).

n'était pas la conséquence du mariage passé sans contrat de mariage. Le Tribunal de Montpellier essayait de justifier en théorie son opinion, mais il écrivait plutôt sous l'influence des traditions et des usages locaux que sous l'influence d'un principe rationnel. Du jour du mariage il est impossible que les patrimoines des conjoints demeurent indépendants, comme avant leur union.

Cet argument si souvent puisé dans nos anciens auteurs, par les défenseurs du régime dotal : que la société des biens qui se forme entre les époux est la conséquence normale de l'union des personnes, contient une part de vérité, puisqu'il faut un patrimoine commun pour assurer une existence commune. Mais il ne faut pas le pousser trop loin. Il ne faut pas surtout en conclure que le régime normal soit un régime de communauté universelle, comme certains idéologues le soutiennent : quoique mariés les conjoints sont tenus d'obligations antérieures à leur union, qui doivent rester purement personnelles (1). Il ne faut pas non plus en conclure que la loi peut arbitrairement régler ce qui composera activement ou passivement la communauté. Seuls doivent faire partie de cette communauté — conséquence du mariage — les biens acquis par les époux postérieurement à leur union et tous ceux qu'ils voudront y faire tomber par une convention expresse.

Par suite, le seul régime que la loi puisse imposer aux conjoints mariés sans contrat serait, non le régime de séparation de biens du Tribunal de Montpellier, non le régime de communauté arbitraire du Projet, mais un régime de communauté d'acquêts (2).

(1) Cf. plus haut, Chap. I, p. 79 et la note 3.

(2) Quelques auteurs se montrent partisans d'un régime légal de communauté d'acquêts sans invoquer cette raison d'ordre philosophique. Duranton

Il est surprenant que le Tribunal de Montpellier, dans son désir de placer sur le même rang le régime de communauté et le régime dotal, dans le système d'uniformité, n'ait pas vu comment la transaction qu'il réclamait entre le droit coutumier et le droit écrit se conciliait avec le principe d'uniformité : de quel droit, en effet, le législateur veut-il imposer un régime, dit légal, aux époux mariés sans contrat ? On a affirmé, et l'on répétera au Conseil d'Etat où la question sera à nouveau discutée, qu'il fallait décider du sort des patrimoines pour les époux qui n'en décideraient pas eux-mêmes. Fallait-il pour cela imposer un régime plutôt que tel autre ? Ne pouvait-on prévoir dans le Code les règles des différents régimes habituellement adoptés : Régime de communauté (communauté universelle, communauté d'acquêts, etc.), régime dotal, régime de séparation de biens, etc., et, le jour où les futurs époux se présenteraient devant l'officier de l'état civil pour contracter

notamment le préfère à celui du Code civil parce qu'il « ne comporte pas en soi cette inégalité qui se rencontre si souvent dans les communautés et qui est contraire à la nature des contrats de société où généralement les parts sont en raison des mises, tandis que, dans le régime de la communauté légale, celui des époux qui n'avait que des dettes aura autant que son conjoint qui a mis des valeurs considérables de la société. » (*Cours de Droit français*, t. XIV, n° 78). — Guillouard (*Traité du Contrat de mariage*, t. I, n° 78) trouve à la communauté légale deux causes d'infériorité vis-à-vis de la communauté d'acquêts : « D'abord en présence du développement de la fortune mobilière, la communauté légale offre une inégalité choquante dans la composition de l'actif : l'époux qui a une fortune mobilière importante la verra tomber dans la communauté légale tandis que son conjoint, dont la fortune est immobilière, la conservera propre. — Puis s'il ne naît pas d'enfants du mariage et que les fortunes des deux époux soient inégales, l'adoption du régime de la communauté a pour résultat de dépouiller la famille de l'un des époux au profit de l'autre. »

mariage, celui-ci consignerait dans l'acte de mariage s'ils ont rédigé un contrat ou non ; dans ce dernier cas il indiquerait sous quel régime prévu au Code ils ont déclaré (1), au moment de la célébration du mariage, placer leurs biens (2).

Les arguments présentés avec passion par le Tribunal de Montpellier, contre la communauté, tous inspirés par l'animosité locale plutôt que par une critique scientifique, n'ont pas tous la même valeur.

Il est évident que le grand reproche encouru par la communauté est mérité : ses règles sont très compliquées. — Mais le Tribunal de Montpellier se trompait s'il croyait supprimer toute difficulté en proposant la séparation de biens. Sous ce régime, comme sous tout régime, les époux « seraient en compte » ; ils seraient obligés de se donner mutuellement des quittances, puisque tous deux ont la même obligation de contribuer aux charges du ménage et d'élever les enfants. La séparation des patrimoines est d'ailleurs purement théorique, et impossible dans la pratique : les petites gens, c'est-à-dire ceux qui ne font pas les frais d'un contrat de mariage, n'ont en général comme actif qu'un peu de mobilier et le produit de leur travail. Il serait bien difficile de faire la preuve exacte de la propriété distincte de chacun d'eux. C'est là, au moment de la liquidation, une

(1) Sur interpellation de sa part.

(2) Il ne faudrait pas croire que c'est confondre deux choses que de consigner dans le même acte solennel l'union des personnes, et le régime de leurs biens : l'union des personnes — l'union conjugale — ayant forcément une répercussion importante sur le patrimoine des époux. — La loi du 10 juillet 1850 a fait un pas dans la voie que nous indiquons.

source de complications tout aussi graves qu'en matière de communauté.

Son argument d'ordre psychologique peut être retourné contre le régime de séparation de biens ou le régime dotal : les époux ayant alors des intérêts opposés pourront se dresser l'un contre l'autre en adversaires et la femme sera tentée de se montrer âpre au gain.

Il est vrai qu'au point de vue économique le régime de communauté peut être gênant par ses complications, et la femme, en renonçant à la communauté, trompera quelquefois les espérances des créanciers du mari. — Mais la fraude est possible sous tous les régimes ; et le régime dotal, lui aussi, a été critiqué pour la gêne qu'il apportait au commerce et à la libre circulation des biens. Notons cependant que la pratique ingénieuse a su tourner la difficulté en multipliant les clauses de remploi, auxquelles le Tribunal de Montpellier n'a fait aucune allusion.

Si la critique du régime de communauté était exagérée, le Tribunal avait raison de protester contre l'infériorité voulue dans laquelle on plaçait dans la loi le régime dotal, et de présenter un plan d'unification du régime dotal auquel les futurs époux auraient pu se reporter. Que valait son projet ?

Basé sur le principe de la nécessité d'une constitution de dot dans l'intérêt du ménage, que nous avons réfuté, parce qu'il n'a aucun fondement sérieux, et sur celui de la protection des intérêts de la femme, toutes ses dispositions sont logiques entre elles, et conformes aux principes de base. C'est ainsi que l'obligation de doter s'étendait à certains parents riches et se complétait par l'obligation de redoter, au cas où la dot remise à un

mari insolvable avait été perdue par lui. C'est ainsi que les biens du constituant étaient grevés d'une hypothèque et que les intérêts de la dot couraient du jour de la constitution, que celle-ci était irrévocable, inaliénable et imprescriptible. C'est ainsi que le mari était responsable de la dot et devait la garantir par une hypothèque générale sur tous ses biens, qu'il était tenu de la restituer dans des délais raisonnables et d'entretenir sa femme sur ses biens en attendant la restitution.

Toutes les dispositions du projet se complétaient d'ailleurs parfaitement. La pratique avait montré au Tribunal de Montpellier la nécessité de prévoir des hypothèses souvent omises dans les contrats de mariage et lui avait ainsi inspiré telle disposition sur la contribution respective des père et mère à la constitution de dot, et telle autre sur le paiement de la dot et sa preuve ; de même le Tribunal n'avait pas voulu laisser dans l'incertitude la question si discutée de la paraphernalité des biens de la femme mariée sans constitution de dot, et d'autre part avait prévu la dot tacite.

On peut donc dire que le projet était complet et s'ingéniait à prévoir les détails.

Cependant il n'innovait pas, sauf lorsqu'il stipulait, avec raison, que la dot était irrévocable, sauf peut-être encore, lorsqu'il stipulait l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Il s'inspirait nettement du droit établi par l'usage à Montpellier et par la jurisprudence du Parlement de Toulouse.

La rédaction laissait quelquefois à désirer, les articles manquant de concision et parfois de clarté (2) ; certains

(1) Art. 27. Fenet, t. IV, p. 552.

(2) Notamment l'art. 2, l'art. 8, l'art. 12 qui reste vague. (Quels seraient les parents les plus proches qui jugeraient si le parti est « sortable » ?)

contenaient des développements inutiles. L'article 32 relatif aux intérêts de la dot aurait été mieux placé sous la rubrique « Constitution de la Dot », que sous la rubrique « Administration de la Dot ». De même l'art. 43, sur l'imprescriptibilité de la dot, serait mieux placé après l'art. 46 qui pose le principe de l'inaliénabilité. Mais c'est là une question de détail et le Tribunal de Montpellier, somme toute, avait très peu de temps pour parachever son travail.

V. — Ni la plaidoirie en faveur du régime dotal, ni le réquisitoire contre le régime légal adopté n'avaient convaincu la section de législation du Conseil d'Etat puisqu'elle présenta le 6 vendémiaire an XI (1), à la discussion générale du Conseil, un projet construit sur les mêmes principes que celui de la Commission de rédaction : communauté légale, hostilité au régime dotal (2). Quelques modifications de détails seulement avaient été introduites (3) ; la section consacrée aux clauses exclusives de la communauté était plus complète (4) ; mais le

(1) Fenet, t. XIII, p. 492.

(2) Le projet prenait soin de stipuler que « toutes conventions par lesquelles les époux ne déclarent, soit dotaux, soit paraphernaux, qu'une partie de leurs biens présents ou futurs, sont censées laisser le surplus au droit commun et sous l'empire de la communauté légale. » (Art. 146. V. Fenet, t. XIII, p. 522.) De même on défigurait le régime dotal par la prohibition faite par l'art. 138 de déclarer les biens dotaux inaliénables. (Fenet, t. XIII, p. 521.)

(3) L'art. 18 sur la composition de la communauté avait été modifié conformément au vœu du Tribunal de Montpellier formulé sous l'art. 18 du projet. Cf. § 1^{er} du rapport, Fenet, t. IV, p. 456, et l'art. 8 du nouveau projet (Fenet, t. XIII, p. 496) ; le mobilier échu à l'un des époux soit à titre de donation, soit à titre de succession, tombait dans la communauté.

(4) Elle comprenait 15 articles au lieu de 10. (Fenet, t. XIII, p. 520.)

régime dotal n'était toujours pas prévu ; il était seulement indiqué comme possible. Les deux grandes idées du Tribunal de Montpellier : le régime de séparation de biens doit être adopté comme régime légal, la transaction entre pays de droit de coutumes et pays de droit écrit n'existera qu'après que les règles des deux régimes dotal et de communauté seront prévues dans le Code unique, avaient échoué. Avaient-elles été discutées ? Aucun document ne nous permet de le savoir.

Quel cas en a-t-on fait à l'assemblée générale du Conseil d'Etat ?

La discussion fut assez longue et occupa plusieurs séances présidées par Cambacérès (1). Malgré les tentatives faites pour les conduire avec précision et clarté on examina souvent des questions de principe à propos de détails.

Berlier proposa de discuter préalablement la grande question du choix d'un régime légal (2). Mais la discussion devint si confuse, Bigot de Préameneu y fit un aveu d'ignorance si net, en demandant aux partisans du droit écrit d'exposer comment les intérêts de chaque époux étaient distingués surtout dans la classe la moins aisée (3), qu'il fut nécessaire de changer de méthode et et l'on revint sur la décision prise. — On discuta donc les dispositions du chapitre I^{er} (4), et puis celles du chapitre second sur la régime de communauté tel qu'on

(1) Séances du 6, 13 vendémiaire an XII (29 septembre, 6 octobre 1803, 4 brumaire (27 octobre).

(2) Fenet, t. XIII, p. 523.

(3) Fenet, t. XIII, p. 528.

(4) Nous n'entrerons point dans le détail de cette discussion puisqu'il n'a rien été dit d'essentiel par le Tribunal de Montpellier sur les dispositions de ce chapitre. Pour la discussion, v. Fenet, t. XIII, p. 533.

le proposait comme régime légal, tout en réservant l'article 7 qui contenait le principe de la communauté légale (1). — Même au cours de l'examen des articles sur la communauté ses partisans et ses adversaires eurent l'occasion de donner des arguments pour ou contre le système proposé (2). La discussion resta donc un peu confuse. — Et tous les arguments avaient été données, tous les systèmes possibles proposés (3), toutes les préférences étaient connues quand on reprit l'article 7. Aussi le procès-verbal est assez bref sur la discussion qui devait s'ouvrir sur le principe à son sujet (4).

Entrons plus avant dans cette discussion pour entendre les arguments favorables ou contraires aux idées du Tribunal de Montpellier, pour rechercher son influence et la portée de ses observations.

Pour engager la discussion (5) Berlier expliqua pour-

(1) « Il est prudent d'ajourner l'art. 7 après la discussion des autres articles du Chap. II, avait dit Maleville, afin qu'avant de prononcer on connaisse bien ce qui a été proposé. » Fenet, t. XIII, p. 532.

(2) A propos de l'actif de la communauté, par exemple, une longue discussion s'engagea : Maleville, hostile à la communauté légale, critiqua sa composition, se refusant à voter l'article si la communauté devait être de droit commun, acceptant et proposant une communauté d'acquêts pour régime légal, s'il devait y avoir communauté. Béranger au contraire voulait une communauté universelle, etc. Fenet, t. VIII, p. 549.

(3) A part celui que nous proposons dans notre § IV (Cf. plus haut, p. 238) qui a totalement échappé aux membres du Conseil d'Etat de même qu'aux rédacteurs du projet. Tronchet parut le voir en proposant de laisser aux parties la liberté absolue de choisir parmi les régimes celui qu'elles préféreraient, ce qui le conduisit à demander le développement dans le Code des règles du régime dotal à côté de celles du régime de Communauté. V. Fenet, t. XIII, p. 572. Cf. également l'opinion de Portalis, *ead. loc.*, p. 527 sqq.

(4) Fenet, t. XIII, p. 569.

(5) Cf. Fenet, t. XIII, p. 528 : « En terminant son opinion M. Berlier observe qu'il a moins entendu discuter à fond que provoquer la discussion sur une question aussi grave... »

quoi la section de législation était d'accord avec les rédacteurs du projet (1) pour demander la communauté comme droit commun. D'après lui, trois raisons majeures militaient en faveur du régime des pays de coutume : 1^o il était plus analogue à la situation des époux (2); 2^o il tendait à faire prospérer le ménage par l'affection que l'on portait à la chose commune ; 3^o il était plus conforme aux mœurs de la nation française (3). La tendance à adopter ce système lui paraissait d'ailleurs évidente puisque, même en pays de droit écrit, on stipulait des sociétés d'acquêts, et puisque seul parmi les Tribunaux des pays de droit écrit le Tribunal de Montpellier avait protesté contre l'adoption de la communauté comme régime légal.

Quant aux objections généralement dirigées contre la communauté légale on en comptait trois principales quoique de diverses espèces : « les uns trouvent que le système du droit écrit protège bien plus efficacement la femme ; les autres qu'elle est trop favorisée lorsqu'elle est admise à prendre la moitié dans les profits qui souvent appartiennent aux labeurs du mari seul ; les uns et les autres se plaisent à voir dans la communauté une société bizarre et embarrassante dans ses suites ». — Or la protection de la femme sous le régime dotal consiste dans l'inaliénabilité de sa dot qui constitue une entrave plutôt qu'une protection ; en tous cas le bien extradotal n'est

(1) Fenet, t. XIII, p. 523.

(2) « L'union des personnes ne conduit-elle pas, en effet, naturellement à l'union des biens ? » Fenet, t. XIII, p. 524.

(3) « En effet, la communauté s'y est établie de manière qu'elle peut être regardée aujourd'hui comme le droit commun de la majeure partie du territoire français. » Fenet, t. XIII, p. 524.

point protégé (1). — La communauté, d'autre part, n'est pas injuste en donnant à la femme la moitié des bénéfices, ceux-ci appartiennent rarement à la seule et exclusive industrie du mari, surtout dans les ménages d'artisans et de cultivateurs, dans cette classe précisément où il ne se fait point de contrat ou du moins très peu (2). — Pour répondre enfin à l'objection faite que la communauté est une société bizarre à laquelle un seul des associés peut renoncer, contrairement aux principes de la société ordinaire, il dit que le mariage n'était pas une société ordinaire : « il s'agit donc de poser de bonnes règles pour cette société, sans établir de comparaison avec les sociétés qui ne lui ressemblent point. » Quant à l'objection tirée de la complexité et des embarras causés par la liquidation de la communauté, il affirma qu'il n'était pas utile d'y répondre (3) : « Si la communauté est juste, il serait trop commode de la repousser sur le seul fondement qu'il faudra un jour la partager. »

L'œuvre de la commission de rédaction et de la section de législation ainsi défendue, un membre de la commission, Portalis, prit la parole pour la combattre, parce qu'elle reposait « sur le faux principe que pour établir le droit commun le conseil est forcé de choisir

(1) « Qu'est-ce donc qu'un tel système, aussi extrême dans ses deux points opposés, a de préférable à celui qui admet l'aliénabilité sans distinction, mais sous des conditions sages, et qui donne à la femme toutes les actions, même hypothécaires, les plus étendues pour les remplois ? » Fenet, t. XIII, p. 525.

(2) « N'est-il pas un grand nombre de femmes qui, soit par leurs mises pécuniaires, soit par leurs travaux personnels et leur économie, ont contribué à l'aisance du ménage autant et quelquefois plus que leurs maris ? » Fenet, t. XIII, p. 525.

(3) « Ce que l'on peut dire touchant l'embarras des liquidations, partages, etc., ne mérite pas une sérieuse réponse : l'on exagérera sans doute cet embarras... » Fenet, t. XIII, p. 526.

entre le système des biens dotaux et celui de la communauté légale » (1). Selon lui rien n'obligerait à établir un droit commun qui donnât aux époux un contrat de mariage lorsqu'ils n'en ont pas voulu. Et il fit valoir cet argument du Tribunal de Montpellier que c'était forcer les conjoints à rédiger un contrat de mariage, dont les frais pourraient être évités (2). Aussi « la loi doit se borner à établir la communauté comme une institution positive que les parties prennent quand elle leur convient, et qui leur est étrangère quand elles ne croient pas devoir se l'appliquer. Ce principe est admis pour le droit écrit ; *mais il dérive du droit naturel* (3), qui laisse à chacun la liberté de former ou de ne pas former de contrat. Pourquoi priver de cette liberté les habitants des pays qui en ont contracté l'habitude ? » (4).

N'est-ce point encore un argument du Tribunal de Montpellier que celui-ci : la communauté n'était pas le droit commun d'une grande partie de la France ?

Portalès termine en assurant que la communauté serait une source de difficultés et de procès au moment de la dissolution du mariage (5).

Portalès était donc au Conseil d'Etat en opposition très nette avec la commission de rédaction dont il était membre. Il critiquait les idées qu'il avait rapportées sans réticence dans le *Discours Préliminaire*. Avait-il changé d'opinion ? Qu'avait-il proposé à la commission ? A lire simplement le *Discours Préliminaire* il semble-

(1) Fenet, t. XIII, 526.

(2) Fenet, t. XIII, p. 527.

(3) C'est bien ce qu'écrivait le Tribunal de Montpellier.

(4) Fenet, t. XIII, p. 527.

(5) Ce qu'écrivait encore le Tribunal de Montpellier

rait que les membres de la commission étaient d'accord (1).

A cette attaque Treilhard a riposté, et à la proposition de Portalis de ne choisir ni le régime dotal ni celui de la communauté, il affirma qu'il était impossible d'admettre un système intermédiaire entre la communauté et la non-communauté. Il fit valoir « que l'essence des choses repousse l'idée d'indépendance » présentée par Portalis (2), de même que Berlier avait assuré que l'essence du mariage conduisait à la communauté. Et d'ailleurs, poursuivit-il, « à moins de supposer que l'un des époux nourrirait et entretiendrait l'autre, et en admettant qu'ils doivent contribuer aux charges communes, il reste par le fait une communauté de biens qui embrasse du moins les revenus... » (3).

A l'argumentation de Treilhard se joignit celle de Tronchet : lui aussi trouvait impossible qu'il n'y eût pas un droit commun pour suppléer au silence des parties (4) et il développait l'idée déjà émise que la société des biens devenait la suite de la société des personnes (5). — L'opinion publique dont Berlier avait fait état lui apparaissait favorable au régime de communauté légale ; puisque le Tribunal de Montpellier avait seul protesté, « les autres ont senti que la communauté est dans l'essence du mariage » (6).

Nous allons retrouver maintenant dans les propos de

(1) Maleville (*Analyse raisonnée*) ne fait allusion à aucune discussion au sein de la commission de rédaction au sujet du régime matrimonial légal.

(2) Fenet, t. XIII, p. 528.

(3) Fenet, t. XIII, p. 529.

(4) Fenet, t. XIII, p. 530.

(5) Fenet, t. XIII, p. 531.

(6) Fenet, t. XIII, p. 530, 531.

Cambacérès et de Maleville les idées essentielles que nous avons rencontrées dans le rapport du Tribunal de Montpellier : Cambacérès demandait en effet que l'on rassemble dans le projet toutes les règles du droit écrit sur la matière, puisque l'art. 1^{er} du Titre interdisait le renvoi aux dispositions générales en usage dans les pays de droit écrit (1) ; Maleville soutenait en termes différents la même idée (2), et reprenait ensuite l'objection à la communauté que le Tribunal de Montpellier avait tirée du danger des richesses dans les mains des femmes, pour repousser la communauté légale, ajoutant qu'il ne faudrait jamais accorder plus d'une communauté d'acquêts, si la communauté était néanmoins admise pour le droit commun (3). Le vrai moyen d'intéresser les femmes à la prospérité du ménage, « c'est l'amour maternel et l'habitude des soins domestiques qui se trouvent partout où il y a des mœurs, et ce ne sont pas les calculs de l'intérêt personnel... » (4). Or la communauté a pour effet d'accumuler les richesses sur la tête des femmes « puisqu'elles ne peuvent qu'y gagner et jamais y perdre, au moyen de la renonciation qu'elles sont toujours libres de faire et de la reprise de leur apport qu'elles

(1) « Le consul Cambacérès demande si cette disposition empêchera les parties de déclarer, en général, par leur contrat, qu'elles se marient suivant les principes du droit écrit. Alors, continue le Consul, le projet doit rassembler toutes les règles du droit écrit sur la matière des conventions matrimoniales. » Fenet, t. XIII, p. 534. C'est bien l'idée émise dans l'exposé des motifs du projet du régime dotal présenté en supplément à son rapport par le Tribunal de Montpellier.

(2) « M. Maleville n'adopte le n° 1 en discussion que dans le cas où l'on se résoudrait à donner dans le projet plus d'étendue aux dispositions prises du droit écrit, et à les consigner avec autant de développement qu'en a présenté celles qui concernent la communauté légale. » Fenet, t. XIII, p. 537.

(3) Fenet, t. XIII, p. 549.

(4) Fenet, t. XIII, p. 550.

peuvent stipuler ; mais les femmes riches sont-elles moins dissipées, plus subordonnées à leurs maris, plus attachées à leur ménage ? » (1). Et pour la négative il cite Montesquieu. En tous cas « il suffit de les associer aux acquêts qu'ils (les époux) feront pendant le mariage : voilà un moyen direct et seul correspondant à la fin qu'on se propose » (2).

Mais Tronchet trouvait, en parfait accord avec la section de législation, que c'était aller contre le but de la loi que d'exclure de la communauté les biens meubles. « Comment après trente ans distinguer jusqu'aux effets à son usage que chaque époux a apportés ? Les difficultés seraient interminables et s'étendraient au patrimoine entier dans les campagnes où le mobilier compose souvent toute la fortune des époux » (3).

Maleville ne se laissa d'ailleurs convaincre par aucun argument et il insista à nouveau quand on reprit la discussion sur l'art. 7 ajourné, en faisant valoir que la communauté n'était pas le droit commun de la majorité de la famille. Et répondant au commentaire que l'on

(1) Fenet, t. XIII, p. 550.

(2) A cela Berlier répondait que ce serait déroger aux habitudes des pays coutumiers ; qu'en outre la communauté légale était faite pour les époux qui n'auraient point de contrats, c'est-à-dire pour de pauvres gens qui ne mettraient pas beaucoup en commun et non pour les négociants, les manufacturiers, les capitalistes, etc., auxquels Maleville faisait allusion (Fenet, t. XIII, p. 551, 552), et Béranger proposait au contraire une communauté universelle, car « il ne suffit pas d'envisager le mariage dans les rapports qu'il forme entre les époux ; il importe de le considérer aussi par rapport aux enfants, à la famille, aux créanciers », et « les intérêts de ceux-ci seraient bien mieux ménagés si les intérêts des époux étaient entièrement confondus. » (Fenet, t. XIII, p. 552.)

(3) Fenet, t. XIII, p. 553, 554. Il combat encore la proposition de Béranger en arguant de la nécessité de ne pas rompre les habitudes que respectait le projet, « car les immeubles ne devenaient pas communs entre les époux, même dans les pays coutumiers, encore moins dans les pays de droit écrit ».

avait fait de l'opinion des Tribunaux il ajoutait : « En général on interprète mal le silence des Tribunaux, il n'est pas de leur part un aveu. *On a eu l'occasion depuis de s'instruire d'une manière particulière du sentiment de ceux des pays de droit écrit* (1), et de se convaincre qu'il n'est nullement favorable à la communauté » (2). Que voulait-il dire ? Avait-on à nouveau consulté les Tribunaux des pays de droit écrit sans qu'il en restât d'autres traces que cette allusion vague ? La date des discussions ne permet guère cette hypothèse (3). Maleville avait-il correspondu personnellement (4) avec certains magistrats du Midi ?

Il reprit l'idée essentielle du Tribunal de Montpellier sur la transaction à opérer entre les deux droits du nord et du midi de la France : « D'ailleurs les choses ne seraient pas égales entre les diverses parties du territoire français (5) », une seconde fois Cambacérès développe la même idée (6).

Tronchet, revenant alors sur son opinion (7), dit qu'il

(1) Le texte n'est pas en italiques dans le Fenet. C'est nous qui soulignons ce passage.

(2) Fenet, t. XIII, p. 570.

(3) C'est dans la séance du 6 vendémiaire an XII (29 septembre 1803) que l'on avait fait état du silence ou de l'aveu tacite des Tribunaux de droit écrit, c'est dans celle du 13 vendémiaire (6 octobre) que Maleville répond. Les communications n'étaient pas assez rapides pour conclure à une consultation de certains Tribunaux, les plus éloignés de Paris, entre les deux séances.

(4) Ce serait une explication de cette expression : « *d'une manière particulière* », employée par Maleville, d'après le procès-verbal des séances.

(5) « Le système de la communauté, en effet, poursuit-il, est absolument inconnu dans les pays de droit écrit, et cependant il ne leur suffira pas, pour s'y soustraire, de l'exclure par une stipulation générale ; il faudra encore, à la manière dont la loi est rédigée, entrer dans une foule de détails et recourir à beaucoup de stipulations particulières si l'on veut qu'il ne conserve aucune influence sur la communauté conjugale. » (Fenet, t. XIII, p. 570.)

(6) Fenet, t. XIII, p. 570.

(7) Fenet, t. XIII, p. 572.

était possible de prévoir les deux systèmes sans donner la préférence à aucun « et en se bornant à dire que chacun se mariera suivant celui des deux qu'il voudra choisir, et qu'alors ses conventions matrimoniales seront réglées par les conventions contenues dans la loi et auxquelles il n'aura pas été dérogé. On aurait, à la vérité, deux droits différents, mais l'uniformité de la législation ne serait pas rompue puisque aucun de ces deux droits ne serait territorial (1) ». C'était justement l'opinion du Tribunal de Montpellier.

Mais cette opinion fut repoussée parce qu'on la crut inconciliable avec l'unité législative, puisqu'il faudrait, en l'absence de contrat, décider que la coutume territoriale s'appliquerait.

Ces discussions avaient néanmoins montré la nécessité de faire une place plus large au régime dotal : la section de législation, modifiant jusqu'au plan du titre, consacra un chapitre spécial au régime dotal dans un nouveau projet, assez rapidement adopté, après une discussion, au cours de laquelle Cambacérès défendit la jurisprudence des pays de droit écrit (2).

Selon Treilhard (3), ce nouveau projet aurait été rédigé par la section de législation qui avait fait appel à une commission de juriconsultes réunie pour élaborer le chapitre sur le régime dotal. Il faut regretter ici encore l'absence de documents. Quels étaient les membres de cette commission ? Le rapport du Tribunal de Montpel-

(1) *Eod. loc.*

(2) Cf. Fenet, t. XIII, p. 596, au sujet de l'inaliénabilité de la dot et de ses exceptions.

(3) *Eod. loc.*, p. 600.

lier a-t-il été étudié par elle ? En tous cas il n'y est pas fait allusion à nouveau au Conseil d'Etat.

Dans l'exposé des motifs (1), Berlier résuma l'idée essentielle qui avait prévalu, d'ailleurs conforme à celle du Tribunal de Montpellier : « Il a été jugé non seulement commode, mais utile pour les citoyens, de tracer séparément et les règles qui s'adaptent le mieux au régime de la communauté et celles qui ont paru le mieux convenir au régime dotal (2) ». Et se posant la grande question « quel sera le régime en l'absence de tout contrat ? » il répondit qu'il fallait un régime légal, que le régime de communauté était le plus conforme à la nature du mariage et au caractère national, de même qu'il était préférable à l'ordre social (3).

Voulant expliquer ensuite le silence du projet sur « certains avantages qu'en quelques lieux les femmes survivantes obtenaient à titre d'augment de dot et dans le grand nombre de nos coutumes sous le nom de douaire » il soutint que l'on avait imité « la sage discrétion des pays

(1) Présenté au Corps législatif.

(2) Fenet, t. XIII, p. 664.

(3) « Laissons ces froids calculs. Revenons à ce que prescrit, en cette matière, la simple qualité d'époux, en l'absence de toute convention » (p. 666), et plus bas : « les mœurs françaises sont généralement plus en harmonie avec le régime de la communauté et que peut-être les femmes n'ont acquis chez nous la juste considération dont elles jouissent que par ce titre d'*associées* qui, en leur imprimant plus de dignité, ne saurait être sans influence sur le bonheur domestique. » Et il montra que les pays de droit écrit étaient favorables à la communauté puisqu'ils y stipulaient sur des communautés d'acquêts. — Mais il n'en reste pas moins vrai que les pays de droit écrit repoussaient la communauté légale : Pour eux le régime légal était la séparation de biens. Dire qu'ils adopteraient facilement la communauté légale, parce que les communautés d'acquêts y étaient fréquentes, c'était déplacer la question une fois de plus.

de droit écrit (1). Il prétendait en outre que la femme obtenait assez en partageant les bénéfices de la communauté. Et puis, ajoutait-il, « en se dépouillant de tous les souvenirs de la routine, il fallait revenir aux premières règles de la raison. Or la loi permet les libéralités, mais elle ne les fait pas, et ne doit point, en cette matière, substituer sa volonté à celle de l'homme, parce que souvent elle la contrarierait sous prétexte de la suppléer (2) ».

Le Tribunat, lors de la communication officieuse, ne paraît pas avoir discuté sur la question du régime légal (3), mais il se montra partisan de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal (4) et favorable à ce régime en demandant qu'il fût possible à la femme commune de stipuler des biens dotaux ou paraphernaux (5).

Lors de la communication officielle (6) le tribun Duveyrier, chargé du rapport, après avoir mis en relief l'attachement des pays de droit écrit et celui des pays de coutume pour leur régime (7), s'efforça à son tour de montrer qu'une transaction était faite puisque les deux

(1) La législation des pays de droit écrit était au contraire plus favorable à la femme survivante et d'une façon générale au conjoint survivant en lui donnant un usufruit que le projet n'avait prévu ni au titre des successions, ni au titre des régimes matrimoniaux, et que le Tribunal de Montpellier réclama à deux reprises.

(2) Fenet, t. XIII, p. 686.

(3) Fenet, t. XIII, p. 604.

(4) Fenet, t. XIII, p. 619.

(5) Fenet, t. XIII, p. 621.

(6) Fenet, t. XIII, p. 688.

(7) « Les deux peuples avaient conservé avec un attachement égal, je dirais presque avec une égale superstition, l'un ses propres et sa communauté, l'autre sa dot et ses biens paraphernaux... » (p. 690.)

régimes étaient prévus dans le Code. C'était suffisant pour donner satisfaction aux pays du Midi dont les tribunaux avaient si vivement réclamé (1). — En passant il signala quelques arguments du Tribunal de Montpellier (2) qu'il opposa aux arguments contraires (3). — Il énonça cette opinion curieuse que le régime dotal était « impraticable » dans « les mariages dénués de fortune » (4), oubliant le système de la séparation de biens pratiqué dans les pays de droit écrit lorsqu'il n'y avait point de contrat de mariage.

Mais les avis étaient partagés, puisque deux orateurs demandèrent, à la suite de ce rapport, l'un le rejet, l'autre l'adoption du projet.

Pour appuyer sa demande de rejet, Caron-Nisas fit valoir la supériorité du droit romain, « la raison écrite » (5), sur les coutumes si diverses et toujours

(1) « Leurs tribunaux réclamèrent avec vivacité : l'amour des habitudes consacrées et des usages depuis longtemps suivis s'exalta en haine de l'institution nouvelle qu'on supposait impérieusement commandée, et des ouvrages parurent où ce sentiment amer s'attacha bien plus à trouver tous les vices de l'injustice et de la barbarie dans le système qu'on voulait repousser, qu'à démontrer les attributs raisonnables et les avantages du système qu'on devait regretter. » (p. 698.)

(2) V. notamment, p. 700, le régime dotal est une émanation directe des lois romaines, source de toute sagesse, monument éternel de politique sociale. — P. 701 : le régime de communauté détourne la femme de sa destination primitive, altère l'innocence de ses affections, etc.

(3) Cf. p. 702, 704 : « On voit qu'avec des raisons ainsi balancées, cette controverse, qui n'avait aucun but réel (?), aucune prétention de succès (?) pouvait être interminable. »

(4) Fenet, t. XIII, p. 713.

(5) « D'un côté brillait une lumière vive et pure... de l'autre côté régnait encore ce cahos, cette confusion de coutumes diverses, de lois barbares, caprices superbes des vainqueurs, habitudes serviles des vaincus. » On a voulu d'abord donner la préférence à ces ténèbres sur la lumière : on a renoncé à ce vain projet. — On a voulu ensuite faire un pacte entre la lumière et les ténèbres : je ne pense pas qu'on ait mieux réussi. » (p. 768.) Et plus loin, en parlant des coutumes : « des lois qui portent ici l'empreinte de la

compliquées ; les mesures bienveillantes en faveur des veuves pauvres, du droit écrit et non reproduites dans le projet ; enfin l'opinion des Tribunaux. Du rapport du Tribunal de Montpellier il retint surtout que la communauté serait une source de procès (1).

Un fait à noter c'est que le tribun Albisson, qui prit la parole pour demander ensuite le vote du projet, était originaire des pays de droit écrit et avait été juge au Tribunal criminel de l'Hérault. Il insista justement sur cette particularité, en assurant à ses collègues que le projet qui leur était soumis n'était pas le projet critiqué par les Tribunaux de droit écrit et notamment par celui de Montpellier, mais un nouveau projet réalisant la transaction nécessaire demandée (2). Il s'efforça de montrer qu'il fallait un régime légal en l'absence de tout contrat, et que le régime des pays de droit écrit était impossible comme régime légal : « Dans le régime dotal, rien n'établissait ce qu'on peut appeler un droit commun, pour le cas où nulle convention relative aux biens n'avait accompagné le mariage, parce que nulle loi positive ne réglait dans ce cas le mode ni la quotité de la

barbarie des temps de la conquête, ailleurs la trace de la courtoisie insensée des siècles chevaleresques ne sont pas de bonnes et sages lois. — Les saints devoirs de la société matrimoniale sont mal placés entre l'oppression et les caresses. » (p. 771.)

(1) Fenet, t. XIII, p. 775.

(2) « Instruit comme eux (les jurisconsultes nés sous le régime des lois romaines, habitués à leur empire) à leur école, admirateur comme eux de leur profonde sagesse, j'ai dû partager l'espèce de sollicitude que cet éveil a excitée ; mais chargé par la constitution de coopérer à la formation d'une loi générale, commune à toutes les parties de la République, j'ai dû, lorsque le projet en a été présenté, commencer par me dépouiller de toute prévention personnelle, de tout préjugé d'habitude et de localité, capable d'influer sur l'émission de mon vœu individuel pour n'écouter que la voix de la raison publique, et me rendre à l'évidence d'un intérêt général. » Fenet, t. XIII, p. 789.)

participation à ces biens, ni le soin de leur administration commune (1). » Ce n'était pas ce que disait le Tribunal de Montpellier, et il était facile de décider alors qu'il y aurait séparation de biens, ou communauté d'acquêts. Ce n'était pas là une raison pour conclure à l'obligation de voter la communauté proposée (2). — En faveur du régime de communauté il invoqua l'autorité de Cambacérès qui l'avait proposé dans ses projets (3). — Il adoptait enfin l'opinion généralement développée que la communauté était une conséquence du mariage (4). — Il préférerait encore le système du projet au système romain en ce qui concernait les droits du conjoint survivant (5). — En un mot le projet nouveau lui paraissait conforme aux mœurs du pays : « L'intérêt mûrement consulté de ma patrie natale, le désir bien naturel d'y étouffer tout germe d'inquiétude et mon attachement aux lois sur lesquelles j'ai longtemps vécu et qu'on ne se lasse pas d'étudier et de méditer quand on sent le prix de la philosophie civile ne me l'ont pas permis (de me taire). J'ai dû voir avec plaisir le système de ces lois se compléter et se perfectionner, relativement au régime dotal, par des suppléments ou des retranchements ou des modifi-

(1) Le système supposait une constitution dotale, « il est impossible d'en induire un droit commun pour le cas où il n'y a pas de convention. » (p. 793.) « Comment qualifier de droit commun un droit qui ne règle rien lorsque les parties elles-mêmes n'ont rien réglé ? » Albisson faisait là une pétition de principes.

(2) Albisson est passé à côté de la question ; lui aussi a cru qu'il fallait adopter comme régime légal le régime dotal ou celui de communauté.

(3) Cf. Fenet, t. I, p. 20, 114 et 226.

(4) « Laisser à chacun des époux la pleine et indépendante disposition de ses biens c'eût été ne rien faire quant à ce, livrer d'ailleurs les ménages à l'anarchie et en bannir un sujet bien important de sollicitude commune... » (p. 794).

(5) Cf. Fenet, t. XIII, p. 798.

cations analogues à nos mœurs actuelles et leur empire s'étendre par ce moyen sur toute la France... (1). »

En soutenant au Corps législatif le vœu d'adoption émis par le Tribunal (2), Siméon répéta ce qui avait été si souvent dit, qu'il fallait un régime légal et que la communauté était plus conforme à la nature du mariage, tout en reconnaissant que le régime proposé était contraire aux mœurs d'une partie du pays : « Le principe qui veut qu'il n'y ait dans les contrats que ce que les parties y déclarent eût peut-être fait désirer que la communauté ne fût pas présumée de droit ; et que, comme il n'y a pas de dot sans stipulation, il n'y eût pas de communauté sans convention. Bien que la communauté soit plus naturelle que le régime dotal, elle s'est compliquée de tant d'inventions civiles, de tant d'embarras inconnus dans les pays de droit écrit, qu'on devrait, ce semble, n'y être assujetti que par une volonté expresse. Mais, d'abord la communauté légale est plus simple et moins litigieuse que la communauté conventionnelle. De plus, il fallait bien déterminer une règle pour ceux qui ne s'en seraient fait aucune et qui s'en seraient remis à la providence de la loi (3) ».

En résumé, l'idée du Tribunal de Montpellier sur la séparation de biens ne recueillit que peu de suffrages et l'on ne s'arrêta même pas à cette idée de Maleville que la communauté d'acquêts était la seule communauté conforme au but du mariage. La communauté proposée

(1) Fenet, t. XIII, p. 801.

(2) Le 20 pluviôse (10 février 1804). Fenet, t. XIII, p. 803.

(3) Fenet, t. XIII, p. 806.

fut admise comme régime légal, tout le monde étant persuadé qu'un régime légal était obligatoire.

L'autre idée du Tribunal de Montpellier fut admise après une longue discussion.

Si nous ne voyons pas toujours nettement l'influence exacte de son rapport, nous croyons cependant pouvoir conclure que c'est grâce à lui que le régime dotal a été prévu dans le Code civil, puisque seul parmi les Tribunaux il a protesté vivement contre la communauté légale et demandé à côté du système uniforme de communauté un système uniforme de régime dotal.

CHAPITRE IX

Successions légitimes

I. — Le Livre consacré aux modes d'acquisitions de la propriété débutait par le Titre *des Successions*, l'un des plus importants du Projet (1).

Le droit de propriété, qui en soi est une institution directe de la nature, finit avec la vie du propriétaire. La mort du propriétaire rend ses biens vacants et sans maître. Aucun membre de la famille ne peut les réclamer à titre rigoureux de propriété (2). Mais « il y a de puissants motifs de convenance et d'équité de les laisser à la famille du propriétaire ». Aussi le législateur se trouve en présence de cette question : Comment le partage de ces biens se fera-t-il ?

(1) « La partie du Code civil qui est destinée à fixer l'ordre des successions ne nous a pas paru la moins importante. » (*Discours Préliminaire*, Fenet, t. I, p. 517.)

(2) Dans un système de propriété individuelle, mais dans un système de copropriété familiale il en serait autrement.

L'Etat doit intervenir pour régler l'ordre des successions, mais il ne succède pas, sur les biens laissés vacants et sans maître par le défunt; l'Etat n'a qu'un droit d'administration et de gouvernement.

Est-ce la loi civile ou la loi politique qui va régler cet ordre? « A moins qu'une nation ne trouve dans sa situation particulière de puissants motifs pour suivre la raison politique, elle fera sagement de se diriger, par la raison civile qui ne choque personne, qui prévient les rivalités et les haines dans les familles, qui propage l'esprit de fraternité et de justice et qui maintient plus solidement l'harmonie générale de la société (1). » C'est parce que cette raison civile a présidé à la confection des lois dernières de Justinien qu'elles sont rédigées dans les vues de convenance et d'équité naturelle.

Telles étaient les idées des rédacteurs du Projet (2). Voici leur application :

Après avoir fixé comment et quand s'ouvriraient les successions, décidé que la loi seule défère les successions, règle l'ordre de succéder entre ceux qui doivent les recueillir et y appelle successivement au défaut les

(1) *Discours Préliminaire*, Fenet, t. I, p. 520. De même, p. 519: « La loi politique qui ne s'arrête point aux convenances particulières quand elle entrevoit un point de vue plus général se conduit plutôt par la raison d'Etat que par un principe d'équité. La loi civile, au contraire, dont l'office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, incline plutôt vers l'équité que vers les raisons d'Etat. » C'est pourquoi le droit romain ancien paraît révoltant et étrange avec ses prohibitions faites à la femme de succéder, et le droit français des anciennes coutumes « toutes relatives à l'esprit de la monarchie », avec ses distinctions et ses privilèges et ses préférences, est injuste; tous deux étaient inspirés par le droit politique.

(2) Nous n'insistons pas sur ces idées que le Tribunal civil de Montpellier n'a pas examinées. Nous n'insisterons pas non plus sur les dispositions du projet dont il n'a pas parlé: ouverture de la succession, succession des enfants naturels, etc...

uns des autres : 1° les héritiers du sang ; 2° les époux survivants ; 3° la République (1), et après avoir déterminé quels sont les incapables de succéder (2), le projet réglait dans un chap. III les *divers ordres de successions* (3).

Il y avait trois espèces de succession pour les parents : « La succession qui échoit aux descendants, celle qui échoit aux ascendants et celle à laquelle sont appelés les parents collatéraux. »

Le principe général suivi dans la dévolution des biens était que la loi ne considérait ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession ; avec cette exception : « néanmoins toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parties égales, l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle, sauf les cas énoncés aux art. 46 et 47 ci-après (4) ».

Les enfants légitimes ou leurs descendants succédaient à leur père et mère, aïeuls et aïeules, ou autres ascendants, par parts égales, par têtes, ou par souches quand ils venaient par représentation (5).

Les ascendants avaient des parts différentes suivant

(1) Art. 12. Le chap. I, sect. I, contient différentes règles sur l'ouverture de la succession applicables au cas de mort civile, et la théorie des comourants, sans intérêt pour notre étude. Cf. p. 261, note 2.

(2) Chap. II, *Qualités requises pour succéder*. Le Tribunal de Montpellier a présenté sous les art. 22 et 23 de ce chapitre une observation à noter. Cf. ci-dessous, p. 268 et la note 3.

(3) Fenet, t. II, p. 128.

(4) Art. 27, § 2.

(5) La représentation ayant lieu à l'infini dans la ligne directe descendante. Quant à la représentation des collatéraux elle avait été considérée comme contraire au bon sens, en appelant des inconnus, au préjudice des plus proches, en étendant les relations de libéralité au delà de tous les rapports présumés d'affection. V. *Discours Préliminaire*, Fenet, t. I, p. 521.

qu'ils étaient seuls ou en concours avec des collatéraux privilégiés (1). Dans le premier cas la succession se divisait par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle ; s'il n'y avait point d'ascendants dans une ligne, la moitié affectée à cette ligne était dévolue aux collatéraux de cette même ligne (2). Les aïeuls de la même ligne succédaient entre eux par tête s'ils étaient au même degré (3). Au second cas les collatéraux privilégiés excluaient tous les ascendants autres que le père et la mère, « encore que lesdits frères et sœurs ne soient que consanguins ou utérins ». La succession se divisait en deux parties égales dont une moitié était partagée entre le père et la mère. Si l'un des père et mère était mort, sa part (4) se réunissait à la moitié déjà déférée aux collatéraux privilégiés.

Si le défunt ne laissait ni descendants, ni père ni mère, la succession était déférée en premier ordre et en entier aux frères et sœurs germains survivants ou descendants d'eux (5), le double lien n'ayant pas le privilège d'exclure. La succession se divisait en effet en deux parts : la moitié pour la ligne paternelle et la moitié pour la ligne maternelle, les frères ou sœurs germains prenaient leur part dans l'une et l'autre moitié, les consanguins ou utérins ne la prenant que dans la moitié attribuée à leur ligne (6).

Enfin à défaut de frères et sœurs ou descendants d'eux

(1) Frères et sœurs ou descendants d'eux.

(2) Art. 43.

(3) Art. 45.

(4) C'est-à-dire le quart de la succession.

(5) Art. 49.

(6) Art. 50.

et d'ascendants de l'une ou l'autre ligne, la succession était déferée en second ordre par moitié aux parents les plus proches du défunt de la ligne paternelle et par moitié aux parents les plus proches de la ligne maternelle (1). En cas de concours de collatéraux au même degré, ils partageaient entre eux et par tête la portion revenant à chaque ligne (2). A défaut de parents d'une ligne, les parents de l'autre ligne succédaient pour le tout (3).

Des règles spéciales étaient prévues pour les enfants naturels, inspirées par ce principe que l'enfant naturel, qui n'a point de parenté civile résultant du mariage, n'est point héritier (4). La part que l'enfant naturel recueillait était une portion de celle qu'il aurait eu s'il avait été légitime (5), quand il n'était ni adultérin, ni incestueux ; ces derniers avaient droit seulement à de simples aliments viagers (6).

La succession des enfants naturels ne laissant aucun

(1) Art. 51.

(2) Art. 52.

(3) Art. 53.

(4) Art 54. V. *Discours Préliminaire* : « La faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société veulent que les enfants ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes. Il est d'ailleurs contre l'ordre des choses que le droit de succéder qui est considéré par toutes les nations policées non comme un droit de cité, mais comme un droit de famille, puisse compéter à des êtres qui sont sans doute membres de la cité, mais que la loi, qui établit les mariages, ne peut reconnaître comme membres d'aucune famille. » (Fenet, t. I, p. 522.)

(5) Le tiers s'il y avait des enfants légitimes ou descendants d'eux en concours avec lui, le quart s'il n'y avait ni descendant légitime, ni ascendant, la part totale allouée aux enfants naturels dans ce dernier cas étant au plus égale au quart de la succession (art. 55). En outre « l'enfant naturel est obligé de se contenter de ce que son père ou sa mère lui a donné de son vivant, toutes les fois que ce qu'il a reçu n'est point inférieur aux trois quarts de la portion qui leur est ci-dessus accordée » (art. 56).

(6) Ces aliments ne pouvant d'ailleurs excéder le sixième du revenu net des biens qui composent la succession, ni être moindre du douzième (art. 64).

enfant légitime était dévolue à ses père et mère, à leur défaut à ses frères et sœurs légitimes (chacun dans leur ligne suivant qu'ils sont utérins ou consanguins), à défaut de ceux-ci à ses frères et sœurs naturels. Les enfants ou descendants des frères et sœurs légitimes ou naturels prédécédés succédaient enfin, à l'exclusion de la République, à l'enfant naturel qui a survécu à leur auteur (1).

Le Chapitre V, fort court, était consacré aux successions irrégulières, c'est-à-dire à celle d'un époux à l'autre époux, et à la succession dévolue à la République.

L'époux ne recueillait la succession de son conjoint prédécédé qu'au cas où celui-ci n'avait laissé aucun parent.

S'il n'y avait point d'époux la succession appartenait à la République, comme bien vacant et sans maître.

Le projet fixait ensuite les règles de l'acceptation et de la répudiation des successions (2).

Le titre se terminait par les règles du partage des successions (3).

(1) Art. 73.

(2) Nul n'était tenu d'accepter une succession qui lui était échue; l'acceptation pouvait être tacite ou expresse (art. 83); la renonciation devait être forcément expresse (art. 89). Enfin il était possible d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire (Section III, art. 98 à 121).

(3) Les héritiers ne pouvaient être contraints de demeurer dans l'indivision (art. 125). Les lots étaient faits par l'un des cohéritiers et choisis successivement par les autres, le sort désignant celui qui doit former les lots et l'ordre dans lequel ils doivent être choisis, le lot non choisi étant attribué à celui qui les a faits. — Tout héritier venant à succession devait rapporter tout ce qu'il avait reçu du défunt, et ne pouvait réclamer les legs à lui fait par le défunt à moins que ces dons ou legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. Mais dans ce dernier cas il devait encore le rapport de ce qui excédait la quotité disponible. — Le rapport était dû par le cohéritier à son cohéritier, mais pas aux légataires ni aux créanciers.

II. — D'accord avec les rédacteurs du projet sur le principe qui sert de base à la dévolution des successions, le Tribunal de Montpellier affirme que la loi civile, en disposant des biens du défunt, doit régler les libéralités qu'elle fait en considérant l'affection présumée de celui qu'elle remplace (1), toute vue politique ou générale étant laissée de côté. L'affection est présumée, ajoute-t-il, par les liens du sang et aux yeux de la loi, la proximité du degré en est la mesure (2).

Mais il présente quelques observations sur l'application de ce principe que le législateur aurait oublié, aussitôt adopté.

Il critique le système admis de ne jamais considérer ni la nature, ni l'origine des biens, ainsi que la fente, dont les résultats choquent trop les convenances, l'équité et les sentiments présumés du défunt : Plus de retour légal à l'ascendant donateur, pourtant si naturel, mais l'exclusion possible de l'aïeul dans la dévolution des biens qui viennent de lui, l'expropriation des familles de leurs biens et leur transmission « aux étrangers par l'intermédiaire des ascendants qui recueillent ainsi les

(1) M. Vallier dans sa thèse (*Fondement du Droit successoral*, p. 243) assure qu'il est faux de prétendre que la succession *ab intestat* est, dans le Code civil, fondée sur la volonté présumée du défunt. Et selon lui rien dans les travaux préparatoires ne légitimerait une pareille affirmation. « En l'absence de toute manifestation de volonté de la part du défunt, dit-il, la loi règle d'autorité la dévolution des biens laissés. La loi des successions *ab intestat* a sa cause en elle-même. » Le fait seul que la dévolution est réglée selon le degré d'affection présumé du défunt, ce qu'il reconnaît, suffirait à réduire à néant son opinion.

(2) Nous verrons qu'il donne cependant une bonne place au conjoint survivant, bien qu'il ne parle ici que des liens du sang.

biens d'une autre famille qu'ils transportent ensuite à la leur » (1).

Pourquoi avoir abandonné la maxime : *paterna paternis, materna maternis* ? N'est-il pas choquant de voir un ascendant dans la ligne d'où les biens ne proviennent pas, pouvoir recueillir à lui seul la moitié de la succession, tandis que l'autre moitié sera partagée par plusieurs dans la ligne d'où viennent ces biens ?

Plus choquant encore apparaît l'inconvénient dans la ligne collatérale : un collatéral au vingtième degré, par exemple, dans la ligne d'où ne proviennent pas les biens, aura à lui seul autant que quatre ou plusieurs autres collatéraux, peut-être très rapprochés, de la ligne d'où proviennent les biens.

Enfin « il y a plus : on verrait encore ce même collatéral au vingtième degré (Liv. III, Tit. I^{er}, chap. V, sect. 1^{re}, art. 75) exclure l'époux survivant de la succession de l'époux qui est mort (2) ». Où est le principe directeur ? « Quand on rapproche le sort des époux dans le partage des successions légitimes du principe qui a dirigé les rédacteurs du projet, c'est-à-dire la volonté présumée du défunt, on croirait à la méprise en voyant les époux appelés à la succession après l'épuisement des degrés de toutes les lignes collatérales, avantage illusoire qu'on verrait rarement se réaliser... » et le Tribunal élève la voix et proteste : « Non, ce n'est pas la place que leur assigne leur amour mutuel, cette douce tendresse, ce sentiment de préférence qui l'emporte sur tout autre sentiment ; ce n'est pas là le prix des soins touchants qu'ils se sont prodigués pendant leur vie, ni la

(1) Fenet, t. IV, p. 506.

(2) Fenet, t. IV, p. 506.

récompense qu'ils en doivent trouver à la mort l'un de l'autre (1). » Renvoyant alors à la législation romaine (2), le Tribunal s'étonne que l'on propose de se montrer moins juste et moins humain.

Le Tribunal a d'ailleurs beaucoup insisté sur cette idée. Il a fait une première remarque sur l'affection présumée entre conjoints sous les articles 22 et 23, dans le § 1^{er} de son rapport, en demandant que le défaut de dénonciation du meurtre du défunt ne soit pas une cause d'indignité pour le conjoint (3), une deuxième sous l'article 75 à propos des droits successoraux du conjoint survivant, qui annonce l'observation que nous venons de résumer : « Les époux tenant l'un à l'autre de si près, étant même censés ne faire qu'un, ne devraient pas être exclus de leurs successions respectives par une longue série de parens éloignés, qui, bien loin d'avoir eu part à l'affection du défunt, n'en ont pas même été connus (4). »

Enfin une dernière critique est formulée (5). Ce système

(1) Fenet, t. IV, p. 507.

(2) Plus favorable, elle appelait l'époux après le 8^e degré de collatéraux, ou bien lui accordait la quarte de commisération s'il était pauvre.

(3) « Cette obligation de dénoncer ne devrait pas non plus être imposée au mari contre la femme, ni à la femme contre le mari... le motif de la loi serait le même pour ces cas comme pour ceux exprimés en l'article ». Fenet, t. IV, p. 439.

(4) Fenet, t. IV, p. 440, de même p. 441 : « Il conviendrait de réduire et de fixer le degré de parenté appelé à succéder, afin que l'époux puisse enfin succéder à l'époux, à l'exclusion des parents non compris dans le degré. — Si on se fixe même sur la volonté présumée du défunt, l'époux devrait toujours être appelé à la succession de l'époux pour une plus forte ou moindre portion, suivant la proximité ou l'éloignement des autres parents. Il est certain que le projet de loi n'est point ici d'accord avec le principe. »

(5) A vrai dire le Tribunal en présentait une autre, en reprochant au projet de ne pas adopter une mesure favorable aux ascendants, alors en usage dans les pays de droit écrit : l'institution de la réserve du quart de la suc-

sans équité est trop complexe : il fera naître des discussions et des contestations nombreuses : « On peut s'en convaincre en jetant les yeux sur les parties du projet de Code où il est traité de ces rapports, et particulièrement au Liv. II, Tit. IX, chap. II, sect. II, art. 22, déjà rapporté dans les observations contenues au paragraphe premier. On y verra que les dispositions y sont tellement compliquées par la complication même des cas, qu'il sera rare que la discussion des droits n'entraîne pas de contestations. Plus les lignes se prolongent dans les degrés éloignés, plus les cas se compliquent et les difficultés se multiplient (1). »

Il faut un système plus simple et plus juste : par suite il faut renoncer au partage par lignes, ne pas appeler des inconnus au préjudice des plus proches, au préjudice des époux (2). Le Tribunal de Montpellier voudrait

cession : « Dans certains même de ces pays, où la règle *paterna paternis, materna maternis*, déférait la succession des enfants décédés impubères, on adoptait le sage tempérament de réserver toujours au père ou à la mère la légitime, qui était le quart de la succession. C'était un secours, un soulagement de la perte qu'ils venaient de faire ; avantage qui ne devrait jamais leur être refusé dans toutes les circonstances où cette maxime trouverait son application ; c'est ainsi qu'il serait sagement pourvu à tous les cas, dans la succession déférée aux ascendants, par la disposition d'une règle générale fondée sur l'équité et la raison, et qui d'ailleurs ne saurait être mieux modifiée. » (Fenet, t. IV, p. 507.) Mais cet alinéa ne paraît point à sa place dans le rapport du Tribunal ; il aurait dû se trouver dans la section suivante consacrée aux Dispositions à titre gratuit. Nous verrons d'ailleurs que le Tribunal de Montpellier oublie, en partie, ce qu'il vient d'écrire en combattant d'une façon générale la légitime et la réserve, et qu'il paraît supposer que la légitime des ascendants ne doit pas exister. Cf. Fenet, t. IV, p. 518, et plus bas, Chap. X, p. 279 et 287, n. 2.

(1) Fenet, t. IV, p. 508. Voici en effet ce que le Tribunal disait déjà dans son § 1^{er}, sous l'art. 22 du Titre IX, Liv. II : « Les difficultés que présentent ces différents cas n'auraient pas lieu, si le partage des successions par moitié entre les deux lignes n'était pas admis ; autre inconvénient qui devrait le faire rejeter. » Fenet, t. IV, p. 452.

(2) Fenet, t. IV, p. 508.

que l'on tienne compte seulement de la proximité du degré, qu'au besoin le frère consanguin concoure avec son frère germain et prenne la moitié de sa part ; « que, parmi les ascendants, la règle *paterna paternis, materna maternis*, fixe leurs droits en leur préparant le retour de leurs propres biens ; que les époux... se succèdent mutuellement à l'exclusion des collatéraux moins éloignés, et que, dans tous les cas, la loi leur assure quelque droit sur leur succession réciproque (1). »

III. — Le principe de la dévolution des biens selon l'affection présumée du défunt paraît juste. Il était suivi depuis longtemps dans la région montpelliéraine ; c'était celui de la Novelle 118 (2).

Aussi le Tribunal avait-il raison de critiquer la façon dont ce principe était appliqué. C'était l'abandonner, en effet, que de ne pas stipuler le retour légal des biens à l'ascendant donateur, et de ne donner aucun droit successoral au conjoint survivant, en concours avec d'autres héritiers.

En réclamant le retour légal, le Tribunal de Montpellier s'inspirait des usages locaux et de la jurisprudence du Parlement de Toulouse qui avait largement étendu la

(1) Fenet, t. IV, p. 507.

(2) Cf. Du Rousseaud de la Combe, *v^{is} Succession ab intestat*, Sect. I, n° 1 : « Les enfants du défunt lui succèdent à l'exclusion de tous autres, Nov. 118, cap. 1... quoique de différents lits. » Sect. II, n° 1 : « A défaut des descendants, les ascendants succèdent sans distinction de degré, ni de sexe, Nov. 118, cap. 2... ni de ligne... » Sect. III, n° 1 : « Si le défunt n'a laissé ni descendants, ni ascendants, la succession appartient également à ses frères et sœurs germains, à l'exclusion des consanguins et utérins... Nov. 118, cap. 3... », etc. Bretonnier, *v^{is} Succession ab intestat*. Serres, *Institutions*, Liv. III, Tit. I : Boutaric, *Institutes*.

règle introduite en faveur du père donateur par la loi *jure succursum*, ff. de *jure dotium*, à la mère, à l'aïeul, aïeule, frère, sœur, oncle et tante de sang soit paternels, soit maternels, ce droit de retour ou de *réversion* ayant lieu, non seulement au cas de prédécès du donataire sans enfants, mais encore au cas où les enfants du donataire survivant à leur auteur mourraient sans postérité avant le donateur (1).

A ce sujet le Tribunal de Montpellier regrette l'abandon de la règle *Paterna paternis* « que les anciennes lois romaines avaient adoptée et qui a même été en vigueur dans plusieurs parties de la France ». Ce renvoi peut surprendre quand on rapproche de son rapport la jurisprudence du Parlement de Toulouse et la doctrine des auteurs de la fin du XVIII^e siècle. Ceux-ci sont d'accord pour dire que la maxime *Paterna paternis* était appliquée en pays de coutume seulement, et non en pays de droit écrit. Serres, notamment, qui écrivait plus spécialement le droit de Montpellier, était formel : « La règle *Paterna paternis, materna maternis*, qui est observée dans les pays coutumiers conformément aux articles 312 et 316 de la coutume de Paris, est inconnue absolument dans les

(1) Cf. Serres, *Institutions*, Liv. II, Titre VII, p. 145 (éd. de 1771) ; Bretonnier (*Questions de Droit*), v^{is} *Retour ou Réversion* ; Argou (*Institutions*), v^o *Retour*. — La jurisprudence était d'ailleurs divisée sur ce dernier point. Après avoir beaucoup discuté on était tombé d'accord pour juger que le retour n'avait pas lieu si le donataire laissait des enfants vivants. Mais il restait encore un doute quand les enfants du donataire décédaient après lui durant la vie de l'aïeul donateur ; celui-ci pouvait-il reprendre les choses par lui données à son fils ou sa fille, au préjudice du père ou de la mère héritiers de leur enfant ? « Cette question se juge diversement, non seulement dans les différents Parlements, mais aussi dans les différentes Chambres d'un même Parlement, comme aussi dans les différents Baillages et Sénéchaussées. écrivait Bretonnier : les Parlements de Toulouse et de Bordeaux jngent en faveur de l'aïeul contre le père... A Marseille il y a un statut qui partage le différend en donnant la moitié au père et la moitié à l'aïeul... »

pays de droit écrit où l'on n'a jamais distingué dans la succession d'une personne décédée deux différents patrimoines, *quia unius duo patrimonia esse non videntur*, et où ceux qui succèdent, soit ascendants ou collatéraux, prennent indifféremment les biens du défunt, de quelque côté et ligne qu'ils lui soient advenus, parce que la Nouvelle 118 ne fait aucune distinction à cet égard », et il renvoie à Meynard, Liv. VI, chap. 90 (1). Du Rousseaud de la Combe, qui se réfère à la jurisprudence, mentionne la même scission entre pays coutumiers et pays de droit écrit (2). De même Argou disait que la succession est partagée entre les ascendants au même degré, non pas toujours par égales portions, mais qu'on donne la moitié aux ascendants du côté paternel et l'autre moitié aux ascendants maternels (3). Bretonnier indique nettement que la Nouvelle 118 s'applique en pays de droit écrit (4).

Cette règle était-elle donc réellement pratiquée en pays de droit écrit, malgré la Nouvelle 118 et contrairement à ce qu'écrivaient les auteurs quelque temps avant le Tribunal de Montpellier ?

En présence de l'unanimité des auteurs qui se prolonge sur tout le XVIII^e siècle, c'est peu probable. Le Tribunal de Montpellier, en renvoyant à cette maxime, pensait-il seulement au retour légal de l'ascendant donateur qui en était une application ? Ou bien faisait-il allusion au droit en usage avant le triomphe difficile de la Nouvelle 118 et du droit de Justinien en Languedoc ? (5)

(1) Serres, *Institutions*, Liv. III, Titre I (p. 324 de l'édition de 1771).

(2) V^{is} *Paterna paternis* ; et *Succession ab intestat*, Sect. III, n^o 12.

(3) *Institutions*, Liv. II, Chap. XXII (t. I).

(4) V^{is} *Succession ab intestat*.

(5) Cf. Jarriaud, *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit*, spécialement p. 78, 281 sqq., 393 sqq.

La coutume de Montpellier ne consacrait-elle pas cette maxime ? Son article 58 (1) stipulait nettement qu'il en était ainsi : « *Sed bona paterna debent esse proximiorum generis paterni; similiter materna proximiorum generis materni, legibus in hac parte nullatenus observandis* (2) », et certains privilèges octroyés par les évêques de Maguelone à Villeneuve-les-Maguelone feraient allusion à cette maxime (3).

Dans son rapport le Tribunal de Montpellier paraît regretter ce texte abandonné depuis longtemps (4).

La critique faite contre les dispositions prévues en faveur du conjoint survivant était juste et humaine. Le projet abandonnait vraiment ici l'idée d'affection présumée du défunt dans la dévolution des biens, lorsqu'il ne considérait pas le conjoint survivant comme apte à concourir avec la famille du *de cujus*. Se trouvait-on en présence d'un oubli ou d'une erreur ? (5).

Le Tribunal de Montpellier proposait le droit en usage dans la région et dans le ressort du Parlement de Toulouse (6) qui avait étendu au conjoint pauvre une mesure prise uniquement dans l'intérêt de la femme indotée (7).

IV. — Au Conseil d'Etat et au Tribunat, il y eut peu

(1) Giraud, *Droit français au moyen âge*, Pièces justificatives, p. 62.

(2) Il en était de même à Carcassonne.

(3) Cf. Jarriaud, *loc. cit.*, p. 288.

(4) La règle *paterna paternis* paraît s'être appliquée dans le ressort du Parlement de Bordeaux. Cf. Boissonnade, *loc. cit.* Mais jusqu'à quelle date ?

(5) Comme on en commettra une au Conseil d'Etat. Cf. plus bas, p. 277.

(6) Cf. Serres, *Institutions*, Liv. III, Titre X. Du Rousseaud de la Combe, *vis Succession ab intestat*.

(7) Cf. Chapitre VIII.

de discussions sur les points qui nous intéressent (1) ; les rapporteurs et les orateurs du Tribunal et du Corps législatif ont été muets ou laconiques.

Le projet présenté au Conseil d'Etat était sensiblement le même que le projet du gouvernement. Il faut noter, cependant, ce détail, en harmonie avec une observation du § 1^{er} du rapport du Tribunal de Montpellier (2), que le défaut de dénonciation du meurtre du défunt, qui constituait une incapacité de succéder (3), ne pouvait être opposé ni aux alliés en ligne directe du défunt, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles ou tantes, ni à ses neveux ou nièces (4).

Une modification plus importante — d'ailleurs facilement adoptée — était la disposition de l'article 31 (5) stipulant le retour légal en faveur de l'ascendant donateur demandé par le Tribunal de Montpellier, et que Tronchet déclara « nécessaire pour détruire un inconvénient de la loi du 17 nivôse dont les dispositions faisaient craindre que ce que l'on donnait à ses enfants ne passât à une autre ligne (6) », ce que précisément le Tribunal de Montpellier redoutait.

Quant au principe de la fente, il fut admis et la règle *paterna paternis* rejetée. Cambacérès, cependant, défendit, le premier, l'idée du Tribunal de Montpellier : « Peut-être serait-il convenable de rétablir la règle *paterna paternis*, pourvu que ses effets ne s'étendissent

(1) Système de la fente ; maxime *paterna paternis* ; retour légal à l'ascendant donateur ; droits du conjoint survivant.

(2) Obs. sous les art. 22 et 23 ; Fenet, t. IV, p. 439. Cf. plus haut, p. 268.

(3) Art. 11, 3^o du nouveau projet, Fenet, t. XII, p. 11.

(4) Art. 12, Fenet, t. XII, p. 11.

(5) Fenet, t. XII, p. 23.

(6) Fenet, t. XII, p. 24.

pas au delà des degrés de parenté assez proche pour que l'origine des biens ne soit enveloppée d'aucune incertitude (1). » Bigot de Préameneu, se séparant ici de la commission de rédaction dont il avait été membre, opina dans le même sens (2). Mais Berlier, appuyé par l'autorité de Portalis, après avoir expliqué les raisons de la section de législation en faveur du système proposé et montré que le retour pouvait être stipulé, qu'au surplus le retour légal des biens de l'ascendant donateur était prévu dans le nouveau projet (3), l'emporta sur eux.

En présentant le projet au Corps législatif, Treilhard, après avoir montré l'impossibilité de maintenir l'ancien droit coutumier où « le désir louable de conserver les biens dans les familles » amenait trop de complications et aboutissait parfois à écarter les proches du défunt, justifia cependant le maintien de la fente en disant que c'était le vœu de la nature, avec l'intérêt des deux familles dont le défunt tirait son origine, qui dictait cette disposition (4).

Le Tribunat fut sur tous ces points silencieux, lors de la présentation officielle. Il était d'accord avec tout le monde sur le principe puisque Chabot pouvait écrire dans son rapport, lors de la communication officielle (5) : « celui-

(1) V. Fenet, t. XII, p. 14. Cambacérès en parlant de la refente rejetée et de la fente admise disait : « Ces dispositions ne suffisent pas pour empêcher qu'une ligne ne s'enrichisse aux dépens de l'autre. »

(2) Fenet, t. XII, p. 14.

(3) Ce qui était très important, en effet. Et ce qui donnait satisfaction sûrement au Tribunal de Montpellier.

(4) Fenet, t. XII, p. 143-145. Il fit mention du retour légal également sans aucun commentaire. Fenet, t. XII, p. 147.

(5) Fenet, t. XII, p. 170. Ceci est tout à fait conforme aux idées exprimées dans le *Discours Préliminaire*, et dans le rapport du Tribunal de Montpellier.

ci doit naturellement recueillir l'hérédité pour lequel le défunt doit être présumé avoir eu le plus d'affection, et le défunt doit être présumé avoir eu le plus d'affection pour celui auquel il était uni le plus étroitement par les liens du sang que pour les autres parents plus éloignés en degré. »

La fente s'imposait comme la conséquence de ce principe : l'homme étant présumé avoir la même affection pour ses parents de l'un et de l'autre côté (1). Siméon, dans son discours prononcé au Corps législatif, assura que c'était une heureuse transaction entre le système trop compliqué de l'ancien droit coutumier et celui trop simple du droit romain (2).

Le conjoint survivant n'était pas mieux traité dans le nouveau projet que dans le projet du gouvernement. On pourrait même dire que les dispositions rigoureuses du projet du gouvernement étaient renforcées, puisque l'article 54 précisait que le conjoint venait à la succession même après les enfants naturels (3).

Maleville observa, alors, que l'on avait omis une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant lorsqu'il était pauvre et ne recueillait pas la succession. Son intervention

(1) Fenet, t. XII, p. 77. « Il a d'ailleurs, ajoute le rapporteur, des biens qui proviennent de l'une et de l'autre ligne. » Le système est résumé ainsi : « C'est le vœu de la nature d'accord avec la justice. — C'est d'ailleurs resserrer les liens des deux familles que d'établir entre elles le droit de successibilité réciproque. » Cf. l'exposé des motifs de Treilhard au Corps législatif, rappelé plus haut, p. 275.

(2) Fenet, t. XII, p. 215.

(3) Fenet, t. XII, p. 35.

s'arrêta là, sur l'affirmation de Treilhard, faite à la légère et légèrement crue, que l'article 55 accordait au conjoint survivant l'usufruit du tiers des biens du défunt. L'article 55 ne disait rien de semblable. Le conjoint survivant a donc attendu la loi de 1891 pour bénéficier de cette disposition si humaine et si conforme au principe de la dévolution des successions *ab intestat*, que réclamait le Tribunal de Montpellier (1). Treilhard ne dit rien d'ailleurs des droits du conjoint survivant, lorsqu'il présenta le projet au Corps législatif (2). Le Tribunat, s'il considérait le conjoint survivant comme préférable au fisc, supposait sans doute qu'il était insuffisamment aimé du défunt (3) pour recueillir une part quelconque de son hérédité, puisqu'il n'a pas relevé ce qu'avait de choquant sa place dans le système. Est-ce parce qu'il appartient à une famille étrangère ? (4). Mais alors où commence la famille si ce n'est au foyer ? Et l'affection se mesure-t-elle seulement aux liens du sang ?

En 1803, on présuma l'affection entre petit-fils et

(1) Nous signalerons seulement la discussion qui eut lieu au sujet de la représentation entre Cambacérès, Berlier et Regnaud, d'une part, partisans d'une extension de la règle admise, et Portalis qui n'en voulait point d'autre. Finalement le Conseil décida que les enfants des frères du défunt succédaient par représentation à l'infini (Fenet, t. XII, p. 20). — Nous ne pouvons pas analyser non plus la discussion sur l'acceptation et la répudiation des successions. Ces discussions sont ici sans intérêt, puisque le Tribunal de Montpellier n'a rien dit sur ces questions.

(2) Fenet, t. XII, p. 196.

(3) V. plus haut, p. 275, son principe de dévolution des biens. Il est vrai que son orateur parle des liens du sang seulement.

(4) « Le conjoint survivant, quelque étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère. » Discours de Siméon prononcé au Corps législatif, Fenet, t. XII, p. 232.

aïeul ; mais en 1891 seulement on présuma aussi l'affection entre époux ! En 1802, le Tribunal de Montpellier les avait déjà présumées toutes deux. Et il avait eu raison.

CHAPITRE X

Dispositions testamentaires ou par donation entre vifs, ou à cause de mort

I. — « Nous convenons qu'aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort et de se survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament. — Nous convenons que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succéder et qu'il serait dérisoire et dangereux de laisser à chaque particulier la faculté illimitée de renverser arbitrairement l'ouvrage des lois », disaient les rédacteurs du Projet de Code (1). Cependant, ajoutaient-ils : « il faut conserver la liberté de tester et lui laisser une certaine latitude; lorsque la loi sur des objets qui tiennent d'aussi près que celui-ci à toutes les affections humaines ne laisse aucune liberté aux hommes, les hommes de leur côté ne travaillent qu'à éluder la loi (2) ».

(1) *Discours Préliminaire*, Fenet, t. I, p. 520.

(2) *Loc. cit.*, p. 521.

Aussi, pour qu'une disposition à titre gratuit (1) produise son effet, il ne suffisait pas, d'après le projet, qu'elle ait été faite par une personne capable de disposer à titre gratuit (2), au profit d'une autre capable de recevoir (3), et dans les formes légales (4), il fallait encore qu'elle n'excède pas le quart des biens du donateur s'il laissait, à son décès, des enfants ou descendants, la moitié s'il laissait des ascendants ou des frères et sœurs, les trois quarts s'il laissait des neveux ou des nièces, enfants au 1^{er} degré d'un frère ou d'une sœur (5).

Toute disposition excédant la quotité disponible était réduite à cette quotité (6) au décès du donateur (7), à la demande de ceux des héritiers venant à la succession au profit desquels la loi restreignait la faculté de disposer (8).

Tel était l'application du principe essentiel qui dominait la matière du Titre IX du Projet.

(1) Donation soit entre vifs, soit à cause de mort.

(2) C'est-à-dire majeure et saine d'esprit au moment de la donation (art. 4, Titre X, Liv. III). Cf. pour le mineur art. 5, 6, pour la femme mariée art. 7.

(3) « Pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être conçu au moment de la donation ; — pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du donateur. » Tout le Chapitre I^{er} du Titre X est consacré à la *capacité requise pour donner ou recevoir*. Fenet, t. II, p. 274.

(4) La forme des donations entre vifs était réglée par la Section II du Chapitre IV (Fenet, t. II, p. 282). La donation devait être faite par acte passé devant notaire et il en devait rester minute. Elle devait être acceptée. — La forme des testaments était réglée par la Section I du Chapitre V (p. 286). La donation par testament pouvait être faite par acte public ou sous signature privée. La première était reçue par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. La seconde devait être écrite en entier, datée et signée de la main du donateur.

(5) Art. 16, § 1^{er}. — « A défaut de parents dans les degrés ci-dessus exprimés, les donations peuvent épuiser la totalité des biens du donateur. » Art. 16, § 2.

(6) Elle n'était pas nulle. Art. 20.

(7) Art. 21.

(8) Art. 22. — Suivaient les règles de la réduction : calcul de la masse héréditaire, rapport, calcul de la quotité disponible, réduction, etc.

A côté de ce principe il faut signaler la prohibition des substitutions (1).

Les règles spéciales aux donations étaient posées par le chapitre IV qui énonçait l'irrévocabilité des donations (2). Celles du testament formaient le chapitre V qui autorisait la révocation du testament (3).

Un chapitre spécial du projet était consacré aux donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage (4).

Un autre (5) était consacré aux donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, l'époux étant autorisé, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, à donner à l'autre époux en propriété tout ce qu'il pourrait donner à un étranger ; et en outre l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers, et, s'il laissait des enfants ou descendants, un quart en

(1) Art. 32.

(2) Sect. I. — La Sect. IV apportait à ce principe quelques exceptions, et autorisait la révocation pour cause d'ingratitude et pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite. La Sect. II, intercalée sans beaucoup de logique entre cette règle et ses exceptions, réglait les formes de la donation. Cf. p. 280, n. 4.

(3) Sect. I : forme des testaments. Cf. plus haut, p. 280, n. 4. — Sect. II : exécution des donations à cause de mort, et des exécuteurs testamentaires. — Sect. III : de la révocation des donations à cause de mort et de leur caducité. — Sect. IV : interprétation des dispositions à cause de mort. — Les père et mère ou ascendants pouvaient faire entre leurs enfants et descendants la distribution et partage de leurs biens, soit en désignant la quotité des parts et portions qu'ils assignaient à chacun d'eux, soit en désignant les biens de telle ou telle nature qui composeront leurs lots, en se conformant aux règles du Chapitre VI (Fenet, t. II, p. 296).

(4) Chap. VII (Fenet, t. II, p. 297).

(5) Chap. VIII (Fenet, t. II, p. 299).

propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement (1).

II. — Le Tribunal de Montpellier assure que le projet aboutit à supprimer la liberté de tester, et le droit de tester lui-même, en fixant une quotité disponible aussi faible (2).

Aussi dit-il que le système proposé est contraire au droit naturel, proscrit par l'équité ou la raison civile, et qu'il ne trouve pas même d'appui dans le droit politique.

Pour développer cette idée que le projet viole le droit naturel en supprimant la libre disposition des biens, il démontre que le droit de disposer est la conséquence du droit de propriété. Et il s'efforce de trouver le fondement du droit de propriété dans le droit naturel : le droit de propriété, dit-il, n'est pas une création de la loi. La loi ne fait que reconnaître son existence. Il existe avant l'établissement de la société :

« En entrant dans la société, l'homme y a apporté sa personne avec ses droits naturels, la sûreté individuelle, l'égalité, la liberté et la propriété, droits qui se réunissent et se confondent, pour ainsi dire, dans celui de la propriété. La société s'est obligée à garantir ses droits et sa personne et à les défendre par la réunion de la

(1) Art. 156. Il ne pouvait donner au delà indirectement, soit par donation déguisée, soit par personne interposée (art. 162). — Le titre se terminait par quelques règles sur les donations faites par un Français en pays étranger.

(2) « C'est ainsi que les nouvelles lois donneront aux hommes des successeurs qu'ils ne pourront écarter, et qu'elles vont porter atteinte à la libre disposition des biens qui fait le caractère le plus essentiel de la propriété et que la sagesse de la nouvelle législation devrait leur garantir. » (Fenét, t. IV, p. 509.)

force de tous. Ce n'est donc pas pour les sacrifier, mais bien pour les conserver et en jouir, que ses droits individuels sont mis sous la protection de tous et sous la garantie de la force publique. Si le maintien de la société ou l'intérêt général en exige le sacrifice d'une partie, c'est pour assurer efficacement la paisible et entière jouissance de l'autre » (1).

L'homme peut donc exercer cette faculté dans l'état de nature sans l'intervention de la loi, et dans l'état civil, avec l'intervention de la loi qui assure et garantit l'effet de la disposition de l'homme.

Quelles sont les conséquences de cette idée? Tout d'abord c'est que la loi, qui doit garantir l'effet de la disposition de l'homme, maintient l'exercice du droit de propriété plutôt qu'elle ne le dirige, assure la volonté de l'homme et ne la remplace pas. — Ensuite c'est que les actes de l'homme sur la disposition de ses biens constituent un pur exercice de ses droits naturels (2).

Ceci posé, il ne faudrait pas s'arrêter à cette objection que la propriété cesse avec la vie. Ce n'est d'ailleurs pas cette idée qui a dicté le projet. En effet, pourquoi réduirait-il les donations entre vifs tout comme les legs?

Dispositions à cause de mort et donations entre vifs dérivent de la même source. Toutes deux sont faites pendant la vie du disposant et sont des manifestations de sa volonté (3). « Le temps de l'exécution des dispositions est une circonstance trop indifférente et trop étrangère

(1) Fenet, t. IV, p. 509. « C'est la conservation et le paisible exercice de ce droit qui font le but et la condition essentielle du pacte social. » (p. 510.)

(2) Nous ne sommes pas en présence d'un bienfait de la loi. Celle-ci s'applique à la forme plutôt qu'au fond de ces actes. Fenet, t. IV, p. 510.

(3) La loi civile devait prêter plus d'appui encore à l'exécution des dispositions à cause de mort, après la mort de celui qui en est l'auteur, et qui paraît plus particulièrement les lui avoir recommandées. — V. Fenet, Liv. IV, p. 511.

pour qu'elle puisse tellement influer sur le droit de disposer, qu'elle en empêche l'exercice et l'exécution. Qu'importe en effet qu'une disposition soit pure et simple, ou qu'elle soit conditionnelle ; que son exécution ait lieu à l'instant même, ou qu'elle soit différée à un terme fixe ou incertain : son effet n'en doit pas être moins, dans tous les cas, garanti par la loi. Et que sont-ce les dispositions à cause de mort, si ce n'est des actes dont l'effet révocable tient à l'évènement de la mort même ? » (1). — Et poussant son raisonnement jusqu'à la subtilité le Tribunal écrit : « D'ailleurs, cet effet, préparé pendant sa vie, s'opère moins au delà du tombeau qu'au premier moment de la mort du disposant, qui est le dernier moment de sa vie. C'est ce moment qui le dépouille, et le donataire se trouve dès lors investi. »

Se plaçant ensuite sur le terrain pratique plutôt que sur le terrain juridique, le Tribunal examine les inconvénients du projet et les avantages de la liberté de disposer : ôter au droit de propriété cet élément serait lui ôter son principal attrait (2). Et puis il montre alors le résultat de la liberté du père sur la vie de famille : l'amour, la tendresse et l'affection sont fortifiés par l'espérance (3).

La raison d'Etat seule expliquerait un semblable sacrifice et une pareille atteinte au droit de propriété. Or, « loin de contraster avec nos principes constitutionnels, l'usage de cette faculté (de disposer librement de ses biens) y trouve un nouvel appui », puisque les affec-

(1) Fenet, t. IV, p. 511.

(2) « Priver ou gêner l'homme dans la disposition de ses biens, c'est lui interdire ou le gêner dans ce doux commerce de bienfaits qui est le charme de sa vie. »

(3) V. Fenet, t. IV, p. 512.

tions différentes amèneront des inégalités de fortune, inévitables dans l'ordre social et voulues par la loi politique (1).

Le Tribunal fait alors une petite digression pour montrer l'harmonie nécessaire entre les lois constitutionnelles et les lois civiles que seules la justice avec la raison peuvent rendre durables (2).

En maintenant la libre disposition des biens, la loi propage l'esprit de justice et reste d'accord avec le droit naturel. — D'un côté le père de famille aura la sanction nécessaire à sa puissance sur ses enfants : « Sous le gouvernement paternel on verra renaître les mœurs domestiques, qui préparent les mœurs publiques » (3). — D'autre part, la sage destination du père de famille évitera les dangers d'un partage légal : morcellement des propriétés, inconvénients des servitudes, diminution des moyens d'exploitation. — Enfin le commerce et l'industrie acquerront une nouvelle activité, si le produit du

(1) « Ces principes, tendant à des préférences et à établir des différences politiques entre les citoyens, ne peuvent que s'allier parfaitement avec les principes des affections humaines qui tendent aussi aux préférences et amènent de légères inégalités de fortune qui, étant inévitables dans l'ordre social, entrent même dans le dessein de la loi politique. » (Fenet, t. IV, p. 513.)

(2) Fenet, t. IV, p. 513, 514. V. notamment cette phrase un peu lourde : « Oui, la justice et la raison garantissent la durée de la constitution d'un Etat, lorsque les rapports ou les convenances générales qui naissent tant de la situation locale que du caractère national sont tellement saisis par le système d'institution, que les mœurs se trouvent conformes aux lois et les lois aux principes politiques ou aux maximes qui gouvernent les Etats. C'est dans cette harmonie de tous les rapports et de tous les principes, que se conserve et se propage l'esprit de justice, qui maintient l'ordre général et particulier dans les sociétés ; en les mettant en opposition les uns avec les autres, on les constitue dans un état de violence qui ne peut pas être de durée. »

(3) Fenet, t. IV, p. 515. Cette idée nous est déjà connue par les observations présentées sur la Puissance Paternelle.

travail devient une propriété réelle, c'est-à-dire dont on puisse disposer. C'est la faculté de jouir qui fait naître le désir d'acquérir et ce désir est le principal moteur de l'industrie humaine.

Il ne faut pas s'alarmer à la pensée que sous un tel système de liberté on pourrait constituer des biens de mainmorte, ou créer une aristocratie financière. La suppression des substitutions est une mesure suffisante pour parer à de semblables dangers. D'ailleurs, le partage existera en fait en ce sens que les commerçants associeront leurs fils à leur commerce et donneront une dot à leurs filles (1).

On objecte sans doute l'intérêt des héritiers. Mais il ne faut pas s'y arrêter : il est impossible de le mettre en opposition avec le droit sacré de propriété qui assure la libre disposition des biens à celui qui réunit ce droit (2).

Le Tribunal de Montpellier conclut donc : « Ainsi toutes les considérations d'intérêt général se réunissent aux convenances particulières, et les principes politiques coïncident avec la loi naturelle et civile, pour assurer au père de famille, aux collatéraux et à tout propriétaire la libre disposition des biens, tant par contrats entre vifs que par actes de dernière volonté (3). »

(1) Fenet, t. IV, p. 516.

(2) Ici le Tribunal raisonne avec subtilité : « Comme si l'intérêt d'un plus grand ou moindre nombre de cohéritiers pouvait prendre ici l'apparence d'un intérêt général tel qu'il pût attirer à lui le sacrifice du droit même de propriété qui est le fondement de l'institution sociale ! — D'ailleurs la loi ou la volonté générale ne peut statuer que sur un objet d'utilité commune ou d'intérêt général ; or en statuant sur un intérêt qui divise la totalité des membres de l'Etat en parties, la volonté cesse d'être générale, comme l'objet sur lequel elle statue ; et la loi ne peut plus régler les rapports du tout ainsi divisé. » (Fenet, t. IV, p. 517.)

(3) Fenet, t. IV, p. 518.

Le Tribunal de Montpellier, après avoir ainsi affirmé que le principe de la liberté des dispositions à titre gratuit est celui du droit naturel, l'avoir démontré en le faisant découler du droit de propriété, et en avoir développé les avantages, est obligé d'assigner une limite à cette liberté en faveur des descendants (1). Il faut, en effet, combiner la liberté naturelle de disposer avec « l'obligation également naturelle où sont les parents de nourrir et entretenir les enfants ».

Et alors, l'observation du Tribunal de Montpellier sur le projet revient à ceci : lorsque le défunt laisse des enfants, la quotité disponible est insuffisante (2) ; lorsqu'il laisse seulement des collatéraux, aucune réserve n'est à prévoir pour ceux-ci, la liberté de disposer doit alors être pleine et entière.

Enfin il termine par une observation générale sur l'ensemble du droit successoral, en demandant au législateur d'adopter les règles romaines beaucoup plus simples : « On disposait chez eux et dans les pays de droit écrit, soit entre vifs, soit à cause de mort, à titre particulier ou à titre universel. Le premier de ces titres s'allie avec l'autre dans la succession *ab intestat* et dans la succession testamentaire ; mais deux titres universels, c'est-à-dire la succession testamentaire et la succes-

(1) « Si la crainte de l'abus de cette liberté naturelle lui fait trouver des bornes dans l'obligation également naturelle où sont les parents de nourrir et entretenir leurs enfants... » Fenet, t. IV, p. 518.

(2) « Il faut que la disponibilité des biens des ascendants s'étende jusqu'aux deux tiers de ces biens, et que l'autre tiers reste affecté à l'obligation naturelle de la paternité », et le Tribunal ajoute ceci qui pourrait faire croire qu'il n'admet pas la légitime en faveur des ascendants, ce qui est douteux : « les pères auraient encore à réclamer contre cette gêne, qui ne serait pas réciproque entre eux et leurs enfants. » (Fenet, t. IV, p. 518 et 519.)

sion légitime, s'excluent, ou pour mieux dire la première exclut celle-ci (1) »,

III. — Dans ce domaine encore le Tribunal de Montpellier était influencé par la législation des pays de droit écrit, dont le trait caractéristique, à la fin du XVIII^e siècle, était le principe de la liberté de tester, sanction de la puissance paternelle, atténué par la légitime de la Nouvelle 18. Le père pouvait donc disposer des deux tiers quand il laissait au plus quatre enfants, et de la moitié quand il en laissait au moins cinq (2). La légi-

(1) « Cette exclusion obvie aux embarras et aux difficultés qui naissent du concours de deux titres qui s'entre-choquent, n'y ayant qu'une seule succession ouverte, soit légitime, soit testamentaire : ce titre universel réunit l'universalité des biens et droits, tant en actif qu'en passif; on sent que cette réunion n'étant qu'une, peut représenter la personne du défunt, et que cette fiction est des plus heureuses pour donner une consistance à l'hérédité qui se soutient par ses propres forces, avant même qu'elle ait été acceptée. » (Fenet, t. IV, p. 519.)

(2) Bretonnier, v^o *Testament*, in fine « Légitime ». — Serres, *Institutions* : « Dans tous les pays de droit écrit on suit pour la quotité de la légitime la Nouvelle 18, cap. I, qui veut que, lorsqu'il y a quatre enfants ou au-dessous, ils aient pour leur légitime le tiers de l'entière hérédité à partager entre eux, et la moitié, lorsqu'il y a plus de quatre enfants. » (Liv. II, Titre XVIII, § 3.) — Argou, *Institution*, Liv. II, Chap. XIII. — Du Rousseaud de la Combe, v^o *Légitime*, Sect. 1, n^o 1, Sect. III, n^o 1.

Les enfants, d'ailleurs, représentaient leurs père ou mère prédécédés, quant à la succession et quant à la légitime. Si au contraire un aïeul ne laissait que des petits-fils d'un seul et unique fils décédé, alors ils venaient *proprio jure*.

Pour régler la légitime, on faisait entrer dans le calcul de la masse des biens, non seulement tous les biens laissés par le mort, mais encore les donations entre vifs faites de son vivant aux enfants, à titre de dot ou autre titre et les donations aux étrangers. Cf. Serres, *eod. loc.* Du Rousseaud de la Combe, *eod. loc.*, Sect. V.

Le Tribunal de Montpellier admettait une légitime plus restreinte encore

time due aux père et mère ou autres ascendants, même remariés, par les enfants décédés sans postérité était du tiers du total des biens (1).

Certains pays de droit écrit avaient d'ailleurs connu la liberté absolue du père de disposer de ses biens et Montpellier notamment l'avait consignée dans l'art. 55 de ses statuts : « *Omne testamentum factum in presentia tribus testibus sine heredis institutione valet, et parens potest quidquid voluerit relinquere liberis; et si modicum sit relictum, non possunt liberi conqueri; sed in omnibus*

que celle de la Nouvelle 18, puisqu'il la fixait au tiers, quel que soit le nombre des enfants.

(1) On avait discuté la question de savoir s'il fallait tenir compte du nombre des ascendants et de leur concours avec les frères et sœurs du défunt. Bretonnier indique une distinction faite par le Parlement de Toulouse et celui de Paris : « Si le frère ou la sœur du testateur sont institués héritiers, en ce cas la légitime des ascendants n'est que du tiers de la portion qu'ils auraient *ab intestat, tertia tertiae* ; mais, si c'est un étranger qui soit héritier, la légitime des ascendants est du tiers de tous les biens, *tertia totius*. » Les autres Parlements donnaient aux ascendants le tiers de tous les biens sans distinction. C'est cette dernière solution que préférait Bretonnier : « Le premier parti a pour fondement l'équité, le second est fondé sur la loi expresse : or, quand la loi est formelle, il n'est pas permis de recourir à l'équité. » (Edition de 1753, p. 399.) Serres, en 1771, paraît dire que cette jurisprudence du Parlement de Toulouse est abandonnée : « Autrefois », dit-il avant de rappeler cette jurisprudence. Puis il ajoute : « Mais l'ordonnance de 1735, art. 61, a changé cette jurisprudence et a voulu que la légitime des ascendants dans les lieux où elle leur est due fût toujours réglée, eu égard au total des biens, soit que le défunt ait institué ses frères ou sœurs, soit qu'il ait institué des étrangers. » (*Institutions*, Liv. II, Titre XVIII, p. 239.) Du Rousseaud de la Combe ne cite pas de jurisprudence récente mais paraît de l'opinion de Serres en se basant sur l'art. 61 de l'ordonnance de 1735, et renvoie à Despeisses et à d'Olive lorsqu'il parle de la distinction indiquée par Bretonnier.

Remarquons sur la légitime des ascendants que l'ordonnance de Charles IX de 1567, connue sous le nom d'*Edit des mères* et qui avait réduit la légitime de la mère à l'usufruit de la moitié des propres de son enfant décédé, ne s'appliquait pas en pays de droit écrit. (Cf. Bretonnier, *vis Succession ab intestat*, p. 370, sur l'origine de cette ordonnance et sur la résistance des Parlements.) Elle fut retirée en 1729.

et per omnia sine questione debiti bonorum subsidii vel ejus supplementi, liberi debent parere voluntati parentum et suis legalis esse contenti (1). »

Cependant la rigueur de cet article ne fut pas toujours suivie. « Les arrêts rapportés par *Philipi, Respons*, 13, n° 9, 10, 11. et *Maynard, Liv. 7, chap. 17*, dit Serres à ce sujet (2), ne permettent plus aux parents de laisser simplement à leurs enfants *quidquid voluerint*, il fallait qu'on leur laissât au moins la moitié de leur légitime, et, si on leur avait légué moins, ils avaient droit de la demander en entier. » Et l'on discutait au XVIII^e siècle sur l'abrogation ou l'application de cet article. Serres soutenait, avec vraisemblance, qu'il était abrogé depuis l'ordonnance sur les Testaments (3).

(1) Giraud, t. I, p. 61.

(2) *Explication du statut municipal*, p. 115. — A ce sujet d'Aigrefeuille indiquait que par le mot *modicum*, les anciens docteurs entendaient une chose ou somme certaine, comme celle de cinq sols, un chapeau de fleurs, ou un bouquet de roses ; mais qu'à son époque ce terme était entendu de la moitié de la légitime, avec quelque chose au delà, suivant plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse. Qu'enfin cette règle ne regardait que les biens situés dans le terroir et la banlieue de Montpellier.

(3) « Mais, depuis l'ordonnance des testaments, je soutiens que cet article est entièrement abrogé, et qu'il n'est plus permis de réduire les enfants même à la moitié de la légitime ; et, si cette réduction a été faite, ils peuvent former leur demande en supplément. Pour prouver ce que j'avance, j'observerai : 1° Que notre statut ne fixe point la cote de la légitime, et qu'il la laisse subsister aux termes du droit commun ; 2° Que notre statut ne fait que prohiber la demande en supplément. — Or l'art. 52 de l'ordonnance des testaments porte que le supplément de légitime aura lieu dans les pays même dans lesquels cette demande n'avait pas été admise, ou avait été prohibée en certains cas. Cette disposition de l'ordonnance porte indistinctement sur tous les pays où la demande en supplément était prohibée. — Il paraît clairement, par l'esprit et par la lettre de cette ordonnance, que le législateur a voulu faire une loi générale en faveur des légitimaires, pour que leur légitime ne fût jamais diminuée : le législateur ne fait aucune exception à cette règle. On ne trouve dans l'ordonnance aucun article qui porte que dans quelque pays il sera permis de réduire la légitime conformément à la coutume, on voit au contraire dans l'art. 55 de cette ordonnance que,

La coutume de Toulouse était également favorable à la liberté testamentaire du père, puisqu'elle lui permettait de ne laisser que cinq sous toulousains, et il ne paraît pas que l'action en supplément de légitime fût accordée aux enfants.

L'histoire et les habitudes du pays expliquent donc des observations que le Tribunal a voulu légitimer au point de vue juridique, abstraction faite de l'histoire (1), et dont il a expliqué le fondement philosophique.

Les observations du Tribunal de Montpellier se comprennent-elles aussi bien au point de vue philosophique qu'au point de vue historique ?

quoique le Roi déclare ne point déroger aux statuts et coutumes du pays de droit écrit qui permettent de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution, il veut néanmoins que dans ces mêmes pays la demande en supplément de légitime puisse être formée conformément à l'art. 52 et en l'art. dernier. Cette ordonnance prononce une abrogation vague et générale de tous statuts, coutumes et usages contraires à ses dispositions. — Ainsi tout ce qui n'a pas été nommément excepté par l'ordonnance doit être soumis aux lois qu'elle prononce, et cela est si vrai que le législateur n'a jamais manqué dans cette même ordonnance, lorsqu'il a eu intention de conserver quelque usage ou coutume, de le déclarer expressément, comme on peut le voir dans les art. 13, 14, 17, 24, 39 et autres. » (*Explication du statut municipal*, p. 116.) D'ailleurs, Serres (*eod. loc.*, p. 119) indique un arrêt du Parlement de Toulouse du... 1765 rendu dans le procès de MM. Antoine et Jean Martel frères habitant Montpellier. « Cet arrêt accorda à ce dernier, quoique réduit par son père à la moitié de sa légitime, s'il ne voulait se contenter de la somme de 15,000 livres qu'il lui léguait, sa légitime en entier. » Il soutient la même doctrine dans ses *Institutions* (Liv. II, Titre XVIII, § 3) : « Il n'y a plus d'adoucissement à pratiquer depuis cette ordonnance (de 1735) qui, dans tous les pays et dans tous les cas, veut que si on a laissé au légitimaire moins que la légitime qui lui est accordée par le droit, il ait toujours indistinctement l'action pour en demander le supplément. »

(1) Il est à remarquer en effet que le Tribunal de Montpellier ne fait pas allusion ici à la législation des pays de droit écrit, et ne proteste pas contre un projet qui blesse les habitudes d'une grande partie de la France, ainsi qu'il l'a fait pour d'autres titres du projet.

Evidemment le droit de propriété individuelle (1) aboutit au droit de disposer librement à titre gratuit soit entre vifs, soit à cause de mort — quelle que soit d'ailleurs l'origine du droit de propriété, quel que soit son fondement (2), — et l'on a pu dire avec raison que le droit de propriété ne serait plus, si ce droit de disposer n'existait plus. Ce que le Tribunal de Montpellier exprimait en ces mots : « Le droit de disposer des biens n'est autre chose que le droit même de propriété (3). »

La légitime n'a aucun fondement juridique. Elle ne découle nécessairement d'aucun principe directeur du

(1) Dans un régime de propriété collective, il en serait autrement. Il faudrait le consentement de tous les propriétaires pour disposer. Les auteurs qui n'admettent pas la liberté de tester s'appuient en général sur cette idée que le père n'est pas seul propriétaire, mais que les enfants ont, par le fait de leur naissance, un droit acquis sur les biens de leurs parents ; c'est bien une théorie de copropriété familiale.

Nous ne comprenons d'ailleurs pas ce système de copropriété familiale tout à fait spécial dont parlent ces auteurs et qu'essaie d'expliquer M. Boistel (*Philosophie du Droit*, t. II, p. 128 sq., et 145). Si les enfants ont vis-à-vis des parents des droits, ce que nous avons admis volontiers, ce sont des droits de créance. Les parents doivent à leurs enfants l'entretien et l'éducation, mais quand ils ont satisfait à cette obligation ils ne leur doivent plus rien.

(2) Le Tribunal de Montpellier trouve son origine dans le droit naturel (le droit de propriété remonte à l'état de nature, dit-il), et le droit de disposer découlerait alors nécessairement du pacte social : puisque la société se serait obligée, en recevant l'homme dans son sein, à garantir ses droits naturels, ce serait même la conservation de ces droits naturels qui ferait l'objet du pacte social (Fenet, t. IV, p. 510). Il est évident qu'en assignant au droit de propriété un tel fondement — d'ailleurs discutable — il faut conclure, avec le Tribunal de Montpellier, que la loi civile ne peut pas diriger l'exercice du droit de propriété, mais doit le maintenir (Fenet, t. IV, p. 510).

On sent, à la lecture du rapport du Tribunal de Montpellier, l'influence des discussions encore récentes sur le droit de tester, soutenues à l'Assemblée Constituante. Et le Tribunal de Montpellier dit que la propriété est de *droit naturel*, pour répondre à la théorie des constituants, développée notamment par Tronchet à la séance du 5 avril 1791 (Arch. Parl., 1^{re} série, t. XXIV, p. 564), d'après laquelle la propriété est de *droit social*, ce qui permettrait à l'Etat de régler arbitrairement et d'une façon souveraine les successions.

(3) Fenet, t. IV, p. 509.

droit pur. C'est une création du législateur, une atteinte portée par lui à la liberté individuelle et au droit de propriété.

On ne peut pas l'expliquer en théorie. On peut seulement l'excuser en fait.

On a tenté de la baser sur l'obligation du père de nourrir et entretenir ses enfants. C'est oublier ce qu'est cette obligation ; ou bien — et alors nous sommes d'accord avec ces théoriciens — c'est dire qu'elle est due seulement aux enfants encore incapables de subvenir à leurs besoins (1).

Au point de vue théorique, le père a donc le droit de disposer librement de ses biens.

Au point de vue pratique, le Tribunal de Montpellier y trouvait de nombreux avantages (2).

Ne parlons plus de la puissance paternelle ainsi fortifiée (3). Notons seulement l'exactitude de deux idées : cette faculté permettra au père de corriger les inégalités entre des enfants différemment doués (4) ; elle encouragera au travail (5).

Enfin, le Tribunal de Montpellier paraissait voir juste quand il ne croyait pas à l'accumulation de richesses sur les mêmes têtes ni à l'inégalité des fortunes (6).

(1) Comment peut-on affirmer qu'un père de famille doit laisser à ce titre une partie de ses biens à son fils âgé de trente ans, ayant une position et se trouvant à la tête d'un patrimoine parfois considérable ?

(2) De sorte que rien ne pouvait, à son avis, limiter ce droit et l'intérêt de l'Etat n'apparaissait pas pour excuser une atteinte à la liberté individuelle.

(3) Nous avons dit que l'exhérédation-peine ne se comprenait pas, puisqu'elle apparaissait comme purement exemplaire et non moralisatrice. Cf. plus haut notre Chapitre sur la Puissance paternelle, p. 99 et la note.

(4) Fenet, I. IV, p. 515.

(5) *Eod loc.* Cf. plus haut, p. 285.

(6) *Eod loc.* p. 516. Cf. plus haut, p. 286.

Dans le paragraphe précédent, le Tribunal de Montpellier demandait des mesures propres à maintenir les biens dans les familles. Dans celui-ci, au contraire, il combat la légitime qui y aboutit, et la réserve qui avait été créée à cet effet (1).

Est-ce une contradiction ?

Notons qu'elle se trouvait déjà dans la coutume de Montpellier de 1206 qui consignait, avec la liberté absolue de tester (2), la règle *Paterna paternis* (3).

IV. — Avant toute discussion, Bigot du Préameneu fit un rapport sur la disposition du Titre *des Donations entre vifs et des Testaments* relative à la légitime des enfants, à celle des ascendants et à la réserve au profit des frères et sœurs (4).

L'idée essentielle qui s'en dégage, c'est qu'il faut restreindre la liberté de disposer, bien qu'elle soit l'exercice du droit de propriété (5), au profit des descendants, des ascendants et des frères et sœurs ou des-

(1) C'est sans doute pour cela qu'on la trouvait dans les pays de droit écrit qui avaient admis la règle *Paterna paternis*, notamment à Bordeaux. Cf. Boissonnade, *Histoire de la Réserve*, p. 345.

(2) Art. 55.

(3) Art. 58. Cf. plus haut notre Chapitre sur les Successions légitimes, notamment, p. 273.

(4) Séance du 30 nivôse au XI (20 janvier 1803). Fenet, t. XII, p. 244. Il étudia successivement dans trois paragraphes, tant au point de vue historique qu'au point de vue théorique, la légitime des enfants (p. 244), celle des ascendants (p. 248) et la réserve au profit des frères et sœurs (p. 251).

(5) « Quoique le droit de disposer de ses biens ne soit que l'exercice du droit de propriété... il est cependant des bornes qui doivent être posées... » (p. 244.)

cendants d'eux : la légitime des descendants apparaît comme la conséquence des devoirs paternels (1), celle des ascendants comme la conséquence des devoirs filiaux (2). — Quant à la réserve, elle a sa cause dans le droit positif et non plus dans le droit naturel ; son origine a été le désir de conserver les biens dans les familles (3). S'il faut la prévoir, c'est dans un but moral et politique : pour maintenir dans les familles des rapports ayant sur l'ordre social une grande influence (4).

Sur le premier point il ne devait pas y avoir désaccord. Seul le principe de la réserve devait donner lieu à des débats. Cependant une discussion s'engagea sur la légitime des ascendants et des descendants parce qu'on n'était pas du même avis pour en fixer la quotité.

Cette question spéciale avait été envisagée par Bigot du Préameneu. Partisan du projet il s'efforça de montrer les inconvénients du système de la Nouvelle 18, qui aboutissait à l'incohérence en donnant aux enfants des parts plus grandes lorsqu'ils étaient plus nombreux (5),

(1) « Si le père doit rester libre de conserver l'exercice de son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés envers ses enfants et envers la société. » (p. 245.)

(2) « Les Romains reconnaissaient que, si les pères doivent une légitime à leurs enfants, c'est un devoir dont les enfants sont également tenus envers leurs pères. *Quemadmodum a patribus, liberis, ita a liberis patribus deberi legitimam.* » (Fenet, t. XII, p. 248.)

(3) Fenet, t. XII, p. 251.

(4) « La vocation à la succession établit une sorte de participation aux biens ; elle influe sur les sentiments d'affection réciproques ;... les degrés par lesquels on tient à un auteur commun semblent se rapprocher lorsque les parents se rapprochent réellement pour partager les biens que ses travaux ont mis dans la famille, et qui en perpétuent la postérité. » (Fenet, t. XII, p. 252.)

(5) S'il y avait quatre enfants, la légitime était du douzième pour chacun, tandis que, s'il y en avait cinq, chaque part légitimaire était du dixième. « Le renversement de l'ordre naturel n'était justifié par aucun motif. » (p. 246.)

puis ceux de la coutume de Paris (1), à la vérité d'une exécution simple, mais qui ne résolvait pas le problème. Considérant que le père ne doit point être dépouillé de son droit de propriété, mais que ce droit s'exerce suivant les affections, il en concluait que la quotité disponible serait utilisée par le père pour établir entre ses enfants « le nivellement » nécessaire peut-être détruit par les talents ou infirmités, les revers ou les faveurs de la fortune (2). Le quart des biens suffit pour remplir cette tâche.

Quant à la quotité de la légitime des ascendants, la section la fixait, comme la commission, à la moitié, et Bigot du Préameneu faisait remarquer que « si, dans le projet présenté, la légitime des ascendants est de moitié, tandis que celle des enfants est des trois quarts, il faut se rappeler que cette différence, défavorable aux ascendants, sera presque toujours balancée par la règle admise et qui leur assure, même sans stipulation, le retour des biens qu'ils ont donnés à leurs enfants (3) ».

A la suite de ce rapport (4), le Premier Consul ouvrit la discussion sur la question de savoir quelle serait la

(1) Elle fixait la légitime à la moitié de la part que l'enfant aurait eue dans la succession de ses père et mère et autres ascendants s'ils n'eussent disposé par donations entre vifs ou de dernière volonté.

(2) Fenet, t. XII, p. 248.

(3) Fenet, t. XII, p. 250. « Et lors même que la légitime des ascendants serait moindre, on ne peut disconvenir que leur sort dépend beaucoup moins de la part qu'ils peuvent recueillir dans la succession de leurs enfants, que l'état des enfants dans la société ne dépend de la part qu'ils obtiennent dans la succession de leurs pères et mères ; et, sous ce rapport, la légitime des enfants a dû être plus considérable. »

(4) A la fin de son rapport, Bigot du Préameneu proposait la rédaction d'un article consacrant les principes énoncés. V. Fenet, t. XII, p. 254.

latitude dans laquelle il serait permis de disposer lorsqu'il y aurait des héritiers en ligne directe (1).

Maleville défendit l'idéal du Tribunal de Montpellier et soutint que les limites du pouvoir paternel étaient trop resserrées par le projet : « Les peines et les récompenses sont le ressort le plus puissant des actions des hommes », dit-il en termes à peu près identiques à ceux du Tribunal de Montpellier (2). Il faut donc mettre de grands moyens dans la main des pères si l'on veut compter sur l'obéissance et la moralité des enfants (3). Mais à la quotité des pays de droit écrit il préfère celle de la coutume de Paris (4) : elle accordait au père la libre disposition de la moitié de ses biens. Il serait peut-être imprudent, disait-il, de diminuer ce droit dans des circonstances où il faut bien plutôt augmenter pour les pères les moyens de contenir leurs enfants. Plus tard, lorsque la discussion sera prolongée, lorsque Tronchet aura proposé de revenir au système de la loi de Germinal an VIII, il insistera sur la même idée et réclamera la

(1) Pour une raison que nous ne connaissons pas, cette discussion fut inachevée ce jour-là et ne fut pas reprise à la séance suivante (7 pluviôse an XI — 27 janvier 1803 —. Fenet, t. XII, p. 260) où l'on changea de méthode en examinant le projet, article par article, mais seulement à celle du 21 pluviôse an XI-10 février 1803 (Fenet, t. XII, p. 299), lorsqu'on arriva à l'art. 18, proposé par Bigot du Préameneu avant toute autre étude du projet. Elle fut terminée à la séance du 28 pluviôse (17 février. — Fenet, t. XII, p. 319).

(2) Fenet, t. XII, p. 254. Cf. Rapport du Tribunal de Montpellier. Fenet, t. IV, p. 471.

(3) « On a dit que le désir de profiter de la portion laissée à la disposition des ascendants rendrait les enfants hypocrites, et les engagerait à mettre dans leur conduite des apparences d'un respect qu'ils n'auraient pas dans le cœur. Ce serait toujours un avantage de ramener au devoir par l'espérance et par la crainte ceux sur qui l'amour des devoirs serait impuissant... Bien souvent l'apparence de la vertu a l'effet de la vertu même. Elle fera contracter aux enfants les heureuses habitudes qui forment les mœurs et assurent la paix des familles. » Fenet, t. XII, p. 254-255.

(4) Fenet, t. XII, p. 255, 256, 308.

même quotité (1) : « Les pères sont la providence des familles, comme le gouvernement est la providence de l'Etat (2). »

D'ailleurs Portalis était d'avis de laisser au père une grande latitude car le droit de disposer lui apparaissait comme un droit d'arbitrage qui permettait au père de répartir son bien entre ses enfants proportionnellement à leurs besoins (3).

En opposition avec le Tribunal de Montpellier, Tronchet affirma que la faculté de disposer par testament n'était pas une suite du droit de propriété : « Ce droit ne s'étend pas au delà de la vie ; il ne peut donc produire le pouvoir de disposer pour un temps où le propriétaire n'existera plus. » Mais pour lui « la totalité du patrimoine paternel devrait passer aux descendants en ligne directe et le pouvoir du père devrait être réduit à faire quelques legs rémunératoires d'une valeur modique. Cependant l'intérêt public exige qu'on lui donne un peu plus de latitude afin qu'il puisse distri-

(1) « Les anciens législateurs ont eu trois motifs pour fixer cette légitime à la moitié : le premier est de faire une part égale au droit de propriété et à la piété filiale ; le second de mettre les pères en état de compenser entre leurs enfants les désavantages qui résulteraient entre eux de la nature ou de la fortune ; le troisième de placer dans leurs mains des peines et des récompenses pour maintenir dans les familles la subordination et la tranquillité d'où dépend le repos de l'Etat. — Les deux premiers motifs sont toujours existants ; et le troisième a acquis, depuis la Révolution, un bien plus grand degré de force par l'accroissement de l'insubordination et de la dépravation des mœurs de la jeunesse. » (p. 309.)

(2) Fenet, t. XII, p. 309.

(3) Fenet, t. XII, p. 259. « Il faut donc donner au père une latitude non absolue, mais très grande. » Et plus tard (Fenet, p. 311) : « Si la loi laisse au père la disposition d'une partie de ses biens, c'est pour le mettre en état de punir, de récompenser, de réparer les inégalités entre ses enfants, et de satisfaire aux obligations que la reconnaissance ou d'autres motifs peuvent lui imposer envers les étrangers », et p. 312.

buer des récompenses parmi ses enfants mêmes. Mais comme cette disposition du droit positif est une dérogation au droit naturel, qui défère aux enfants les biens du père sans aucune diminution, il importe de la resserrer du moins dans les bornes les plus étroites : ce motif porte nécessairement à fixer la quotité de la légitime à un taux plus élevé que n'avait fait la coutume de Paris (1) ».

Mais Portalis réfuta les idées de Tronchet, et tout en soutenant l'idée du Tribunal de Montpellier, à savoir que le droit de propriété emporte celui de disposer librement de ses biens même par testament, se trouvait en désaccord avec lui sur l'origine du droit de propriété : « D'abord, ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété (2), mais le droit de disposer naît du droit de propriété, et celui qui dispose à cause de mort dispose pendant sa vie et dans un temps où il est propriétaire. »

Berlier, opposé à une forte quotité, fit appel à l'opinion des Tribunaux : trois Tribunaux d'appel seulement, ceux de Limoges, Montpellier et Paris, avaient demandé que la légitime des enfants soit fixée à moitié de ce qu'ils auraient eu *ab intestat*. Et la quotité des trois quarts avait obtenu l'assentiment de tous les autres Tribunaux, à l'exception de celui de Rennes qui eût

(1) Fenet, t. XII, p. 258.

(2) « L'état sauvage ou de nature n'admet pas la propriété ; il n'y a là que des biens mobiliers, que des fruits dont le plus fort s'empare ; ainsi, si la propriété est dans la nature, c'est en ce sens que la nature humaine étant susceptible de perfectibilité, elle tend vers l'ordre social, qui seul fonde la propriété. L'effet de cet ordre est d'établir entre les associés une garantie qui oblige chacun d'eux à respecter les biens acquis par un autre et la disposition qu'il en fait. C'est ainsi que le droit de disposer naît du droit de propriété. » (p. 258.)

préféré le maintien pur et simple de la quotité réglée par la loi du 4 Germinal an VIII. Les interprètes naturels de la nation ne réclamant point en faveur des anciennes coutumes, concluait-il, il n'y a pas lieu de s'arrêter, comme le demandait Maleville, à cette idée que le pays était habitué à une légitime différente (1). « A la vérité, ajoutait-il, l'autorité paternelle a besoin de quelques moyens pour récompenser et punir : on ne doit pas les lui ôter, mais on ne doit pas les rendre excessifs, et ici tout ce qui n'est pas essentiellement nécessaire serait essentiellement mauvais (2). »

Tronchet tenta de rallier les suffrages sur le système de la loi de Germinal an VIII jusqu'alors oubliée (3). En effet, dit-il, on discute uniquement sur la quotité de la légitime : les uns voulant le système des coutumes qui fixe la légitime à une quotité déterminée, d'autres

(1) Le Tribunal d'Appel de Toulouse également s'était montré hostile au projet : « En limitant la faculté de disposer en ligne collatérale, l'on a, au contraire, sans aucun motif solide, le vœu le plus naturel à l'homme laborieux et sensible, qui, après avoir été lui-même l'artisan de sa fortune, ne désire rien tant que de pouvoir la transmettre aux personnes qu'il chérit. » (Fenet, t. V, p. 630.) Considérant l'opinion développée dans le *Discours Préliminaire* et déjà combattue par le Tribunal de Montpellier, que l'on ne peut disposer pour le temps où l'on ne sera plus, il ajoutait : pourquoi donc appliquer cette restriction de disposer aux donations entre vifs, si c'est là le motif du législateur de supprimer la faculté de disposer par testament ? « On n'a pas fait attention que si les testaments et les autres dispositions à cause de mort ont leur fondement dans le droit civil, les donations entre vifs sont par elles-mêmes l'exercice le plus légitime du droit sacré de propriété. On a circonscrit dans les mêmes bornes deux genres de dispositions qui se ressemblent si peu dans leur essence et dans leurs effets. » (*Eod. loc.*, p. 631.) Ceci est écrit à la fin du rapport du Tribunal de Toulouse, avec quelques considérations générales sur le projet.

(2) Fenet, t. XII, p. 257. — Berlier développa encore cette idée que la quotité disponible était plus forte autrefois parce qu'on faisait un aîné ; or le pays avait montré son hostilité au droit d'aînesse en demandant dans les cahiers sa suppression.

(3) Fenet, t. XII, p. 300.

celui du droit romain qui la règle d'après le nombre des enfants. Et ce dernier système a été présenté de deux manières. On a proposé la graduation établie par les lois romaines, ou une graduation différente. Il proposa la graduation de la loi de Germinal an VIII qui accordait aux pères tout ce que la raison et le vœu de la nature pouvaient tolérer en leur permettant d'assimiler un étranger à ses propres enfants et en donnant ainsi à un enfant une double part de celle qui resterait à chacun des autres (1).

Mais cette opinion n'eut pas de succès (2).

Réal se montrait partisan des partages et d'une certaine division dans les propriétés qui diminuerait le nombre des prolétaires et qui augmenterait celui des propriétaires (3).

Gallé, Ségur et d'autres insistaient pour laisser au

(1) La loi de Germinal an VIII portait en effet : Art. 1^{er} : « Toutes les libéralités qui seront faites soit par actes entre vifs, soit par actes de dernière volonté, dans les formes légales, seront valables, lorsqu'elles n'excéderont pas le quart des biens du disposant s'il laisse à son décès moins de quatre enfants ; le cinquième, s'il laisse quatre enfants ; le sixième, s'il en laisse cinq ; et ainsi de suite, en comptant toujours, pour déterminer la portion disponible, le nombre des enfants plus un. » Art. 5 : « Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant sans qu'ils soient sujets à rapport. »

(2) Tronchet ayant combattu le système proposé parce que les parts d'enfants pouvaient être très différentes (Fenet, t. XII, p. 306), Maleville répondit que « l'erreur de ceux qui voudraient établir par les lois l'égalité des enfants vient de ce qu'ils pensent que, par le droit naturel, le bien des pères appartient aux enfants, d'où ils concluent que ceux-ci doivent partager également. Mais on a cent fois prouvé que cette opinion est fautive. Montesquieu dit très bien que par le droit naturel les pères sont obligés de nourrir et de protéger leurs enfants jusqu'à ce que ceux-ci soient d'âge d'y pourvoir eux-mêmes, mais non de les instituer héritiers ; les successions dépendent en entier de la loi civile. » (Fenet, t. XII, p. 310.) Berlier d'ailleurs soutenait comme Tronchet qu'il ne fallait pas une trop grande inégalité entre les enfants (Fenet, t. XII, p. 312).

(3) Fenet, t. XII, p. 315.

père une grande liberté. Béranger, du même avis, voyant la discussion se prolonger un peu trop, assura que dans tous les systèmes les inconvénients et les avantages se balançaient mais que, l'autorité paternelle étant un motif déterminant, on pourrait laisser au père la moitié des biens lorsqu'il a peu d'enfants, et faire descendre la quotité jusqu'au quart, mais graduellement et d'après une échelle (1).

Cambacérès avait déjà proposé de graduer la légitime suivant le nombre des enfants, de la fixer aux trois quarts s'il y a plus de trois enfants, au tiers s'il n'y en a que deux, à la moitié s'il n'y en a qu'un (2). Il maintint cette opinion à la fin de cette longue discussion (3) et c'est elle qui fut adoptée par le Conseil d'Etat (4).

La légitime des ascendants fut votée sans discussion (5).

Il n'en fut pas de même pour la réserve des frères et sœurs. Proposée par la section et par Bigot du Préameneu, elle fut combattue par Murair qui assurait que c'était dénaturer les idées que d'établir une légitime en collatérale. « Toute légitime, en effet, est une dette (6). »

Partageant cette opinion, Portalis faisait la même distinction : « Elle est due en ligne directe, à cause de l'obligation imposée au père de pourvoir à l'établissement de ses enfants : or cette obligation n'existe pas entre frères (7). »

(1) Fenet, t. XII, p. 314.

(2) Fenet, t. XII, p. 260.

(3) Fenet, t. XII, p. 318.

(4) Fenet, t. XII, p. 319.

(5) Fenet, t. XII, p. 319. Cependant Maleville demanda, à la séance suivante (p. 327), un éclaircissement sur le texte voté.

(6) Fenet, t. XII, p. 322.

(7) Fenet, t. XII, p. 321.

Gally voulait qu'on s'en tienne à la loi romaine qui, depuis un temps immémorial, régissait tous les pays civilisés, à quoi le Premier Consul répliqua qu'une partie de la France était régie par les coutumes qui admettaient une réserve, par l'effet du système des propres.

Maleville, proposant une transaction, dit que « ne point accorder de légitime aux frères, ce serait passer trop brusquement d'un ordre de choses où la presque totalité des biens était réservée aux parents, à un autre où la loi n'établirait aucune réserve en leur faveur (1) ».

Le système de Tronchet et de la section prévalut : le Conseil d'Etat considéra que les devoirs des frères étaient les mêmes que ceux des pères et des enfants, et qu'en ligne collatérale, les parents se doivent, comme en ligne directe, les aliments. Aussi vota-t-il une réserve en faveur des frères et sœurs et descendants d'eux, égale au quart des biens du défunt (2).

Mais, sans discussion nouvelle, il supprima cette disposition du projet, sur la demande du Tribunal (3).

Dans l'exposé des motifs présenté par Bigot du Préameneu au Corps législatif (4) nous ne trouvons aucune idée nouvelle : l'importance de ce titre, par rapport à la puissance paternelle, y est soulignée (5), et la difficulté de trouver un système de quotité y est indiqué (6).

(1) P. 324.

(2) Fenet, t. XII, p. 326.

(3) Fenet, t. XII, p. 470, 472. Cf. plus bas, p. 304.

(4) Fenet, t. XII, p. 508.

(5) « Vous allez poser la principale base de l'autorité des pères et mères sur leurs enfants et fixer les rapports de fortune qui doivent unir entre eux tous les autres parents. » (p. 508.)

(6) « Le meilleur système est celui dans lequel on a égard au nombre des enfants, en même temps qu'on laisse aux pères et mères toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer le sort des enfants. » (p. 525.)

Bigot du Préameneu disputa un peu longuement les raisons favorables ou contraires à la réserve des collatéraux (1), laissant deviner son regret de ne pas trouver dans le nouveau projet la réserve qu'il avait défendue.

On pourrait résumer la discussion du Conseil d'Etat en disant que tout le monde était d'accord pour donner une légitime aux descendants et aux ascendants, mais sans en comprendre son fondement; aussi la confondit-on, en général, avec la réserve; de telle sorte que la réserve du Code tient à la fois de la réserve et de la légitime, et que la véritable réserve n'existe plus.

Lors de la communication officieuse, le Tribunal présenta une observation importante, conforme aux idées du Tribunal de Montpellier. La section de législation était « unanimement d'avis que tout individu qui n'a ni descendants ni ascendants doit avoir une liberté illimitée de disposer de ses biens. — Les biens doivent passer aux descendants. Tel est le vœu de la nature, tel doit être celui de la loi: ils sont la continuation de la personne du défunt; encore les ascendants doivent-ils avoir la liberté de disposer inégalement entre les enfants, par le prélegs d'une quotité disponible, ou de donner même cette quotité à un étranger. Cette faculté est le seul moyen de sanctionner la magistrature domestique si nécessaire pour le maintien des mœurs..... S'il n'existe que des collatéraux, même des frères ou des sœurs, ou leurs descendants, alors on ne peut voir de motifs suffisants pour gêner la liberté de disposer. — Il est dans

(1) Fenet, t. XII, p. 528 et sq.

la nature de l'homme de regarder cette liberté comme un des biens les plus précieux. Enfin, les liens de famille n'en seront pas relâchés ; ce sera peut-être au contraire un moyen de les resserrer » (1).

Le Tribunat se montrait d'ailleurs partisan de la plus grande liberté possible, considérant que « la prérogative la plus éminente de la propriété c'est le droit de la transmettre volontairement et à titre gratuit » (2). Et sachant que « la liberté illimitée de disposer plait à l'homme, qu'aucun droit n'est mieux approprié à sa dignité » (3), le tribun Sedillez présenta quelques observations pour appuyer le rapport et conclut volontiers — on pourrait même dire avec enthousiasme, en lisant son discours — que les vues sages du législateur perçaient dans toutes les dispositions du projet (4). — Au Corps législatif, Favard développa les mêmes idées, dans une phraséologie tout aussi ampoulée, et conclut que le projet était rédigé dans les vrais principes (5).

(1) Fenet, t. XII, p. 444, 445.

(2) Rapport de Jaubert lors de la communication officielle. Fenet, t. XII, p. 575.

(3) *Loc. cit.*, p. 567.

(4) Fenet, t. XII, p. 627.

(5) P. 628.

CHAPITRE XI

Le Code rural

I. — Au moment de la rédaction du Code civil, le droit rural était régi par le Décret de l'Assemblée Constituante des 28 septembre-6 octobre 1791 (1) ou *Code rural*.

Il fut naturellement laissé de côté par les rédacteurs du projet, sauf quelques dispositions se rattachant plus particulièrement aux théories du droit civil : régime des eaux qui paraissait se rattacher à celui des servitudes ; baux ruraux qui devaient être prévus à côté des baux à loyer, etc. ; réglementation de quelques propriétés rurales, comme celle des essaims, ou des vers à soie ; les règles concernant les troupeaux ou bien celles des chemins ruraux étaient trop techniques, de même que l'organisation de la police rurale, pour entrer dans le cadre général du Code civil.

Le droit rural devait donc être régi, comme par le

(1) Duvergier, t. III, p. 376.

passé, par le Décret de 1791 pour ce qu'il n'avait pas de contraire au Code civil, et par celui-ci pour les rares points qu'il prévoyait.

Les grands principes de cette législation étaient ceux de la liberté du sol, la liberté de culture, l'égalité des charges et l'inviolabilité de la propriété privée (1), qui entraînait le droit de borner et de clore son héritage (2).

Le Décret de 1791 avait affranchi le domaine des eaux des prétentions des seigneurs (3) en donnant à tout propriétaire riverain le droit d'y faire des prises d'eau, et le projet du Code adoptait le même principe dans ses articles 4 et 5 du Tit. IV du Liv. II (4). — Le Décret de 1791 avait aboli le droit de parcours et de vaine pâture (5).

(1) « Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre, comme les personnes qui l'habitent... » (Art. 1, Décret 1791.) « Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes, et de disposer de toutes les productions de leur propriété dans l'intérieur du royaume et au dehors sans préjudicier au droit d'autrui et en se conformant aux lois. » (Art. 2, Décret 1791.)

(2) « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës à moitié frais. » (Art. 3, Décret 1791.) « Le droit de clore et de déclorre ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété et ne peut être contesté à aucun propriétaire... » (Art. 4, Décret 1791.) « Tout propriétaire a le droit de clore son héritage. Il peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. — Le bornage se fait à frais communs. » (Art. 6 et 7 du Titre IV, Liv. II, du Projet de Code civil.)

(3) Son art. 4 stipulait en effet que : « Nul ne peut se prétendre propriétaire exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable. »

(4) Art. 4 : « Celui qui borde une eau courante qui n'est pas dans le domaine public peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même, dans l'intervalle qu'elle y parcourt, en changer le canal, mais à la charge de la rendre à la sortie de ses fonds à son cours ordinaire. » Art. 5 : « L'usage des eaux entre ceux auxquels elles peuvent être utiles doit être réglée, en cas de contestation, par le Tribunal compétent. — Ce Tribunal doit concilier l'intérêt de l'agriculture, avec le respect dû à la propriété. »

(5) Section IV. — La section V était consacrée aux récoltes, la section VI aux chemins et la VII^e aux gardes champêtres. Enfin le Titre II plaçait la police rurale sous la juridiction des juges de paix et officiers municipaux.

II. — Le Tribunal de Montpellier, ou l'un de ses membres (1), estimait que le Code rural devait faire partie du Code civil, et que ses dispositions devaient former un tout complet, au lieu d'être disséminées dans les différents titres du Code civil (2) ; « alors il devrait s'approprier toutes les dispositions du Code civil qui peuvent se rapporter aux lois rurales, telles que les servitudes rurales et les services fonciers, engagements des propriétaires des fonds joignants, usages des eaux d'irrigation, baux à ferme et à cheptel, etc... » (3).

Partant de cette idée, le Tribunal de Montpellier présente certaines observations sur le Code rural alors en vigueur. Il suit le plan de ce Code, regrettant de n'avoir le temps ni d'en préparer un qui s'adapterait au Code civil, ni de rédiger ses observations en articles (4).

Ses critiques visent le régime des eaux (5) : les baux ruraux ; le parcours et la vaine pâture ; les chemins ; les gardes champêtres ; la police rurale ; enfin les

Il établissait une pénalité modérée et proportionnée en général aux délits et contraventions.

(1) Nous pensons en effet que le supplément sur le Code rural n'est pas l'œuvre de la commission, mais d'un juge du Tribunal. Cf. à ce sujet notre 1^{re} Partie, Chap. II, p. 55 et sq.

(2) « Destiné pour les campagnes et son exécution étant principalement confiée aux juges de paix, il serait à désirer, ce semble, que le Code rural, étant détaché de l'autre, présentât un tout complet dans ses dispositions. »

(3) Fenet, t. IV, p. 564.

(4) Fenet, t. IV, p. 588 : « Il resterait à rédiger en articles et à faire entrer toutes ces dispositions dans un seul cadre avec celles qui composent le Code rural, et à fondre les unes et les autres dans une unité de plan et de système qui garantit les avantages de la clarté et de la simplicité. »

(5) Il faut y ajouter celles qu'il a présentées dans le § 1^{er} de son Rapport sous les articles 4 et 5 du Titre IV, Liv. II du Projet.

servitudes rurales et engagements des propriétaires des fonds joignants.

Les observations sur le régime des eaux portent sur trois points :

1° Tout d'abord sur les prises d'eau : le rapporteur fait cette remarque exacte qu'on ne s'est occupé que des rivières navigables ou flottables, alors que les prises d'eau ont lieu sur d'autres cours d'eau. — Il critique le principe admis dans le projet et copié dans le Code rural, qui règle les droits des riverains d'après la seule utilité, de sorte que l'on méconnaît toute possession ou titres antérieurs d'un usage exclusif. — D'après lui, il faut distinguer : si l'eau courante coule dans un lit ou ravin qui n'est pas une propriété particulière, « le propriétaire riverain peut s'en servir, à moins que, par titre ou par possession, l'eau elle-même ne soit acquise à l'irrigation des fonds inférieurs ou voisins, comme c'est l'ordinaire dans le pays où les terres s'arrosent ». Si l'eau coule dans un canal ou ruisseau construit ou appartenant à un particulier, et que ce canal borde ou traverse l'héritage voisin, « le propriétaire de cet héritage ne peut pas non plus s'en servir, à moins que son droit ne soit établi à cet égard » ; la raison est la suivante : « la servitude du passage de l'eau dans ou au bord de son fonds n'a rien de commun avec l'usage de cette eau ; il est censé être indemnisé d'une pareille servitude. » Ce sont là des conséquences du droit de propriété. — On ne peut changer ces usages sans tout bouleverser dans les pays où les terres s'arrosent (1).

(1) Rapport, § 1^{er}, observations sous l'art. 4 du Projet, Fenet, t. IV, p. 535.

— La rédaction de l'article 5 devrait être modifiée ainsi : « *L'usage des eaux entre ceux auxquels elles peuvent appartenir, etc...* » Celle du projet laisse entendre en effet que tous les propriétaires auxquels l'usage de l'eau peut être utile ont le droit de s'en servir, ce qui serait contraire aux principes et aux usages (1).

L'auteur du supplément démontre alors que « le changement introduit par les lois nouvelles dans le droit français ne peut point influer sur ce point, qui doit continuer d'être soumis à l'empire des anciens principes » (2). — Ces principes s'appliquant d'ailleurs aux différents usages auxquels on peut employer les cours d'eau : pour le lavage et l'abreuvement, le droit exclusif de propriété ne peut pas exister ; pour la navigation, le flottage, l'irrigation, les usines, etc., le droit exclusif s'est établi. « De là les rivières navigables ont fait partie inaliénable du domaine public ; les petites rivières, torrents et ravins en ont fait aussi partie, mais aliénable avec les fiefs ; et les propriétaires des fonds dans lesquels une source prend naissance en ont toujours disposé à leur gré. » — Les concessions obtenues par les particuliers pour l'irrigation ou pour l'usage des usines (3) ne peuvent être supprimées, puisqu'elles ont été valablement faites. En effet, « les anciens agens du domaine, comme les ex-seigneurs, ont disposé ainsi,

(1) Le Tribunal considère en outre l'intérêt de l'agriculture et demande le droit pour un propriétaire qui veut construire un canal d'irrigation devant traverser forcément plusieurs fonds, de contraindre les propriétaires de ces fonds à le laisser construire moyennant une forte indemnité. Fenet, t. IV, p. 436.

(2) Fenet, t. IV, p. 566.

(3) Ces concessions étaient faites soit pour les officiers du domaine, soit pour les ci-devant seigneurs hauts justiciers, propriétaires, en vertu de leurs fiefs, des petites rivières et des ravins. Eod. loc.

sous l'autorité de l'ancienne loi, de ce dont ils étaient respectivement administrateurs et propriétaires ». — Ne plus les considérer comme valables, c'est donner à la loi le caractère d'une odieuse rétroactivité (1).

2° Sur le passage des eaux d'irrigation dans un fonds voisin ou intermédiaire, la loi n'a rien prévu. Doit-elle l'accorder ou le refuser? — Autoriser indistinctement le passage des eaux d'irrigation dans le fonds d'autrui avec indemnité, c'est quelquefois porter atteinte au droit sacré de propriété, sans intérêt pour l'utilité publique, notamment lorsque le passage est demandé sur un fonds précieux qui en sera dégradé, pour arroser un fonds de peu de valeur (2). — Refuser dans tous les cas cette faveur, c'est tomber quelquefois dans l'erreur contraire : faire céder l'intérêt général à l'intérêt particulier (3). -- « Le Code rural ne devrait pas offrir la lacune d'un point aussi important pour l'agriculture, et il doit en faire une disposition expresse, qui en prévenant les contestations contribue à l'amélioration des fonds et des récoltes. »

Malheureusement le Tribunal n'a pas résolu la question et le temps ne lui a pas permis de rédiger cette disposition expresse.

(1) Fenet, t. IV, p. 567. Cf. au sujet de cette rétroactivité le § 3 du Rapport, p. 529.

(2) Fenet, t. IV, p. 567.

(3) « Car, si du nouvel arrosement des fonds il résulte une augmentation des denrées dans le canton, qui présente un avantage public, si un nombre considérable de propriétaires sont intéressés dans le nouvel arrosement, ou si la dégradation des fonds traversés par les eaux n'est rien à côté des avantages qu'on peut se promettre de l'irrigation, c'est bien ici le cas où l'indemnité de la propriété privée doit être acceptée en faveur du bien et de l'avantage du plus grand nombre. » (Fenet, t. IV, p. 568.)

Il faut prévoir un autre cas : le changement de direction d'un grand canal d'irrigation dans l'intérêt général.

Dans ces deux cas on devrait faire constater, préalablement, l'utilité et le plus grand avantage à retirer des travaux, par les « prud'hommes du terroir où les fonds seraient situés, tant ceux qui devraient être arrosés que ceux à traverser par les eaux d'arrosement, ainsi qu'à des experts à nommer par les parties intéressées » (1).

Enfin une servitude de halage et de marchepied doit être établie sur les fonds traversés par les canaux et l'espace de terrain nécessité serait fixé par les mêmes experts (2).

3° Sur la distribution des eaux entre les différents propriétaires arrosants, au moyen d'un même canal (3), le Tribunal demande une réglementation, à la vérité, difficile et même impossible à prévoir dans une loi générale, puisqu'elle dépend de nombreuses circonstances que seuls les intéressés sont capables d'apprécier. La loi doit donc s'en rapporter à l'intérêt des coarrosants, en prêtant son appui à la règle qu'ils s'imposeront sur tous les détails de la distribution et partage des eaux communes.

On pourrait donc croire qu'il n'y a rien à dire sur

(1) Fenet, t. IV, p. 568 et 569.

(2) Cet espace « serait cédé, de même que le lit du canal, en propriété ou en servitude, d'après la convention des parties et au choix du cédant. Dans le doute la servitude serait seulement présumée, sans la charge pour ce dernier de l'entretien des francs-bords. » (p. 569.)

(3) » Si tous les coarrosants entendaient employer l'eau chacun à son usage particulier, au moment et de la manière qu'ils le trouveraient convenable, la confusion et le désordre, accompagnés de rixes, produiraient la pénurie où la règle entretiendrait l'abondance. Ainsi, cet usage commun des eaux ne pouvant pas s'effectuer simultanément, la nécessité fait une loi de s'en servir successivement les uns après les autres. De là le partage des eaux par temps et quelquefois par quantité entre tous les cointéressés. » Fenet, t. IV, p. 569.

cette question, puisque toute convention particulière non contraire aux bonnes mœurs ou à l'intérêt public est autorisée. Le Tribunal de Montpellier dit au contraire quelque chose de très intéressant. Il veut que ces conventions soient facilitées. Et pour cela il demande la création d'associations syndicales de propriétaires : « Le Code rural devrait autoriser les cointéressés à l'usage d'une eau commune servant à l'irrigation ou à des usines, à se réunir en une association ou corps qui peut s'assembler pour traiter des intérêts communs, et surtout pour faire des règlements sur l'aménagement et le partage des eaux, avec faculté de nommer des préposés pour surveiller l'exécution des règlements, dénoncer et poursuivre en justice les contraventions et le paiement des amendes, etc. Ces règlements ne seraient faits qu'avec l'approbation de l'autorité compétente. — Cette même faculté devrait être accordée à tous autres cointéressés à un objet d'agriculture et d'utilité commune, tel par exemple que le curement des canaux servant à essuyer ou dessécher les fonds appartenant à plusieurs propriétaires et sujets aux inondations ou aux eaux croupissantes ; et tel que la construction et l'entretien des digues et ouvrages pour garantir les terres des différents particuliers, des ravages des eaux pluviales, etc. (1). »

Le Code rural doit contenir des dispositions pour empêcher que les digues et ouvrages construits pour la protection d'un fonds ne tournent au préjudice des fonds voisins et des intérêts de l'agriculture ; à ce sujet le Tribunal donne quelques renseignements techniques sur la méthode défectueuse généralement suivie dans la

(1) Fenet, t. IV, p. 570.

construction des digues ou dans la plantation des arbres sur les bords des cours d'eau (1), et sur le remède à apporter (2). Toute cette réglementation variera à l'infini avec les lieux, aussi « la règle devrait être établie par les administrations locales, d'après les besoins des intéressés et l'utilité publique, sur les renseignements des ingénieurs près ces administrations. L'exécution du règlement serait confiée au juge rural, qui constaterait la contravention et appliquerait la peine ».

En ce qui concerne les baux des biens de campagne, l'auteur du supplément sur le Code rural demande plus de détails dans la loi. Mais il paraît se reporter uniquement au Décret de 1791 et négliger la dernière section du Chapitre I^{er} du Titre XIII, de même que le Chapitre II du même Titre (3), lorsqu'il écrit : « Les baux à cheptel sont aussi d'un usage trop fréquent dans les campagnes, pour que la loi rurale ne doive pas pareillement tracer quelques règles sur ce contrat, d'autant que cette matière paraît plus particulièrement encore de la nature de celles dont la justice de paix devrait connaître, tant à

(1) Elle ne garantit ordinairement un fonds qu'en rejetant le danger des eaux sur les propriétés du bord opposé. Il faut donner au cours d'eau un alignement et une largeur convenables. *Eod. loc.*

(2) « Quant aux digues ou chaussées pour les prises d'eau, il n'est que trop ordinaire de voir qu'étant faites en forme d'entonnoir et longeant presque les fonds qui sont au bord des rivières, elles en font changer le cours en l'entraînant avec la prise d'eau et en l'attirant à la propriété voisine. » Et voici le remède : « Il n'en serait pas ainsi, si ces digues étaient construites de manière à couper le cours des eaux en ligne droite, jusqu'à une certaine hauteur, et avec des ouvertures propres à ne dériver que le volume d'eau nécessaire et proportionné aux besoins ; procédé qui ne peut pas être négligé, surtout dans le plat-pays où le paisible courant des eaux le rend très praticable. » (Fenet, t. IV, p. 571.)

(3) Fenet, t. II, p. 360, 362 sqq.

cause du peu de facultés des chepteliers, que de la nécessité d'une prompte expédition (1). » — Plus exacte nous paraît être l'observation présentée par le Tribunal dans le § V de son Rapport sous l'article 97 du Projet en faveur des usages locaux en ce qui concerne les baux à cheptel (2).

Sur la section IV (Des troupeaux, des clôtures, du parcours et de la vaine pâture) du Décret de 1791, le rapporteur observe que le législateur a établi sa règle sur des présomptions trompeuses. L'article 12 stipulait en effet que « dans les pays de parcours ou de vaine pâture soumis à l'usage du troupeau en commun, tout propriétaire ou fermier pourra renoncer à cette communauté et faire garder, par troupeau séparé, un nombre de têtes de bétail proportionné à l'étendue des terres qu'il exploitera dans la paroisse. » Et l'article 13 ajoutait que « la quantité de bétail, proportionnellement à l'étendue du terrain, sera fixée dans chaque paroisse à tant de bêtes par arpent, d'après les règlements et usages locaux ; et, à défaut de documents positifs à cet égard, il y sera pourvu par le conseil général de la commune. » Le conseil général prendra une décision par intérêt ou par caprice. Il faut donc chercher une autre base sur la possibilité de nourrir les bestiaux. Elle ne peut raisonna-

(1) Fenet, t. IV, p. 572. Cependant il ajoute : « On ne présentera pas ici le plan de ces matières, qui traineraient trop en longueur et qui, traitées d'ailleurs dans le projet de Code civil, peuvent toujours en être distraites pour être recueillies dans le Code rural. »

(2) « Il est indispensable de s'en rapporter aux usages des lieux. — Ce serait nuire aux intérêts de l'agriculture que d'empêcher la stipulation de certaines conventions dans le bail à cheptel, d'après les nécessités et les usages locaux, la règle ne pouvant être uniforme pour tous les lieux. » (Fenet, t. IV, p. 462.)

blement être fournie que par l'expérience de ce qui a été fait à cet égard par le passé. — D'autre part, il faut considérer autant la qualité que la quantité des terres exploitées pour déterminer le bétail qu'un propriétaire peut nourrir (1) : « La nécessité et la possibilité de nourrir des bestiaux sont ordinairement en raison de la production des fonds », et la matrice de la contribution foncière fera connaître cette production.

On doit régler un autre point : l'ordre à établir ou l'aménagement des pâturages communs. La loi ne pouvant prévoir tous les cas, il faudrait autoriser les propriétaires de bestiaux, ou les conseils généraux des communes conjointement avec eux, à faire, sous l'autorité compétente, des règlements nécessaires (2).

Demandant ensuite l'interdiction des défrichements dans les communaux, si dangereux sur le penchant des collines, le rapporteur propose comme sanction efficace la responsabilité de la commune, moyen « extraordinaire » peut-être, mais qu'il ne faut pas hésiter à employer (3).

(1) Fenet, t. IV, p. 573. « Car, sous ce rapport, il y a une grande différence à faire entre les différents fonds. » Et le rapporteur rentre dans le détail des différents terrains et de leur valeur (p. 574).

(2) Cf. *eod. loc.*, p. 574, 575, des développements sur la matière. La question de la dépaissance des troupeaux intéressait beaucoup la région. Cf. l'art. 10, chap. IX, des cahiers des doléances du Tiers Etat de la sénéchaussée de Montpellier : « On sollicitera l'exécution des lois qui favorisent la dépaissance des troupeaux, en faisant observer cependant les règlements et statuts municipaux qui préservent les possessions des communautés et des sujets, des dégâts qui pourraient occasionner une dépaissance non surveillée. » (A. P. 1^{re} série, t. IV, p. 49.)

(3) Par les lignes écrites dans le supplément de son rapport, le Tribunal de Montpellier nous apprend que déjà au XVIII^e siècle on sentait les dangers du déboisement et du défrichement et l'on cherchait des remèdes efficaces. L'art. 12 du Chap. IX des cahiers de doléances du Tiers Etat de la sénéchaussée de Montpellier signalait le danger sous un autre aspect : « Que, vu

Le rapporteur voudrait des précisions sur les chemins ruraux. A la charge de qui doit être la dépense de la confection, réparation, entretien de ces chemins qui n'aboutissent qu'à des propriétés particulières ? A son avis, le chemin rural étant une propriété sinon publique, au moins commune à tous ceux qui s'en servent, leur entretien devrait être à la charge des comuniers, « à l'exemple des chemins communaux qui sont réparés aux frais des communes qui en retirent l'avantage ». — La même règle d'ailleurs s'appliquerait à l'entretien et au curement des canaux d'irrigation (1).

A propos de la section VII du Décret de 1791, consacrée aux gardes champêtres, le rapporteur présente un plan de réorganisation de cette police : « Les délits champêtres se multiplient tous les jours ; et on entend la voix publique les attribuer à l'inconduite des préposés de police, des gardes champêtres, des gardes forestiers, des banniers ou préposés à l'irrigation. » Le vice résidant dans la nomination et l'indépendance de ces agents les uns vis-à-vis des autres, ainsi que — éternelle question — dans la modicité de leur traitement, voici le remède : « leur traitement devrait les mettre à l'abri du besoin et de la nécessité de vaquer à un autre travail ; il devrait être partie fixe et partie éventuel et d'encouragement.

la rareté du bois dans cette sénéchaussée, la plantation des forêts, la découverte et exploitation des mines de charbon de terre soient encouragées et récompensées. » (*A. P.* t. IV, p. 49.) Cependant on peut se demander si cette crainte n'aurait pas dû entraîner l'interdiction de faire paître sur le versant des collines.

(1) Cette charge ne doit pas être mise sur les propriétaires riverains, dans la proportion de la longueur de leurs propriétés respectives, comme cela se pratiquait dans certains cantons.

Cette dernière partie serait prise du montant des amendes et distribuée en proportion du travail et de l'activité des préposés » (1). En outre la résidence des agents serait sujette à changement, afin de prévenir l'effet des affections locales. — Ils formeraient des escouades et des compagnies, avec des chefs et des sous-chefs. — Enfin ils connaîtraient de tous les délits ruraux (2).

S'occupant ensuite du Titre II ou de *la Police rurale*, c'est-à-dire des délits ruraux, de la compétence des autorités qui doivent en connaître et des peines pour leur répression, le rapporteur relève dans le système en vigueur plusieurs inconvénients.

Le premier c'est la confusion qu'il fait des délits ruraux avec les délits de police municipale.

Le second est celui qu'a introduit le Code des délits et des peines, en donnant pour règle de la compétence le taux de l'amende, et en faisant dépendre ce taux du montant de l'estimation des dommages occasionnés par les délits, ce qui nécessite une procédure préliminaire pour connaître le magistrat compétent. — Rien ne facilite la poursuite des délits ruraux, ni la manière de les surveiller, ni celle de les réprimer. Il vaudrait mieux que leur dénonciation, poursuite et jugement, tout se fasse verbalement (3) sauf pour les délits graves (4). D'autre part, une simple indemnité ne satisfait pas, en général,

(1) Fenet, t. IV, p. 580.

(2) « Tous les objets de police en général étant de leur attribution, en exerçant leur surveillance sur les uns, ils seraient à portée de l'exercer sur les autres. » (Fenet, t. IV, p. 579.)

(3) « D'autant qu'il serait inutile qu'il en restât d'autres traces que celles d'une simple note sur un registre à ce destiné. » (Fenet, t. IV, p. 582.)

(4) Fenet, t. IV, p. 583.

celui qui a souffert du délit ; elle est souvent difficile à évaluer (1). Il faut donc « que la loi substitue à la peine du dédommagement de la partie lésée une amende d'une somme fixe et certaine, outre ce dédommagement » (2).

On ne peut omettre, parmi les délits, comme dans le Décret de 1791, les dépaiissances des bestiaux dans les communaux des terroirs étrangers, et ceux des arrosements faits au moyen d'une eau commune au préjudice du tour d'arroser acquis à un tiers ; l'extraction des fonds d'autrui des terres pour servir à la fabrication du mortier ; le râtelage du rotuble dans les champs, après l'enlèvement des récoltes, très préjudiciable aux fonds, dit le rapporteur, parce qu'il se fait « avec un râtelier de fer qui emporte à la fois le rotuble avec sa racine, et le fumier non consumé qui est à la surface des terres, avec la pâture qui nourrit les bestiaux employés à les fumer ». — Enfin le rapporteur demande qu'un usage local soit considéré comme un délit : « Rien n'égale, dit-il, les dommages occasionnés aux oliviers par la coupe clandestine et intempestive qui se fait des rejetons et des branches de cet arbre pour les faire servir d'instrument appelé fléau, qu'on emploie pour le battage du blé et autres grains : on dépouille ainsi et on rabougrit un arbre si précieux à l'agriculture, en détruisant la pousse des greffes qui doivent le conserver, et les branches de meilleure venue qui doivent produire le fruit. » Il en résulte un dommage considé-

(1) Comment évaluer le dommage résultant de la privation ou de l'usage moins satisfaisant d'une chose ; de l'eau d'irrigation par exemple. Cf. p. 583.

(2) « Cette amende doit même offrir les avantages d'une suffisante indemnité, qui dispensât le plus souvent la partie lésée de faire des preuves pour tout autre dédommagement. Alors la réparation ne dépendrait plus d'une preuve incertaine et dispendieuse : la procédure serait de la plus grande simplicité, et le délit n'échapperait plus à la peine. » (Fenet, t. IV, p. 583.)

nable facile à éviter, puisque des bois de noisetier, de chêne vert, d'if, de buis, très nombreux dans la contrée, peuvent remplir le même office. Pour connaître les coupables et les supprimer, il faudrait punir ceux qui font usage de ces fléaux (1).

Le rapporteur termine en demandant au législateur de compléter son œuvre trop superficielle en matière de servitudes rurales, et de tracer quelques règles nécessaires sur les engagements des propriétaires des fonds joignants :

1° Il en faudrait pour diriger les prud'hommes dans le placement et dans la reconnaissance des bornes, en maintenant néanmoins les usages locaux, pour fixer la limite des propriétés en l'absence de bornes (2);

2° Pour organiser les clôtures (3);

(1) Le délit s'opérant la nuit le plus souvent, il est difficile de surprendre ceux qui fabriquent ainsi les fléaux. Cf. Fenet, t. IV, p. 585. Le rapporteur indique qu'il y a là un désordre dont les propriétaires souffraient beaucoup dans les Pyrénées-Orientales.

(2) Fenet, t. IV, p. 585, 586. Cf. 586 pour les règles à suivre dans ce dernier cas.

(3) « La hauteur des clôtures en murailles devrait être déterminée et fixée de manière à nuire au fonds voisin le moins possible par la projection de l'ombre. — Le voisin ne devrait contribuer à cette dépense que lorsque son fonds serait déjà ou viendrait à être clôturé des autres côtés, auquel cas le sol du mur devient aussi mitoyen, comme le mur même. — Si la clôture consiste en fossés, et si elle n'est pas mitoyenne ou faite d'accord avec le voisin, ce fossé devra être, à l'égard de l'autre fonds, à une distance qui égale sa profondeur; à moins qu'il ne soit pratiqué un mur le long de la ligne divisoire, à côté du fonds étranger, qui en empêche les éboulements. — De même, si la clôture est en haie vive, elle doit être à la distance du fonds voisin, au moins de deux pieds, hors le cas de mitoyenneté. — Le cours non continu d'une eau dans un fonds ou entre deux fonds différents ne devrait pas en empêcher la clôture, pourvu que le passage de l'eau n'en fût pas rétréci. » (Fenet, t. IV, p. 586.)

3° Pour empêcher l'accroissement d'un fonds au détriment d'un autre (1);

4° Pour pallier aux accidents naturels de terrain (2);

5° Pour protéger les fonds des eaux courantes et pour empêcher les infiltrations (3);

6° Pour fixer les distances des arbres entre eux afin de laisser pénétrer le soleil dans le fonds voisin, de sorte qu'elles seront différentes suivant les espèces d'arbres (4).

Sur ce dernier point le rapporteur ajoute que les propriétaires pourraient en décider autrement (5).

III. — Le rapporteur écrivait sous l'influence de coutumes locales qui lui étaient familières, il s'en rendait compte. Mais il estimait que toute la France en bénéficierait avec avantage : « Tels sont les détails dans lesquels on a cru devoir entrer pour démontrer l'insuffisance et l'imperfection du Code rural avec la convenance des dispositions présentées pour le perfectionnement de cette intéressante loi. Ces dispositions, par ce qu'elles contiennent de particulier, étendraient le bienfait de ce Code à celles des contrées de la France qui ont pu jus-

(1) Pour les détails, Cf. p. 587.

(2) « Nul dédommagement pour l'accident naturel de la chute d'un torrent d'eaux fluviales, de celle d'une muraille, d'un arbre ni d'un terrain éboulé dans le fonds voisin. — Faculté accordée au propriétaire de l'autre fonds d'en tout retirer, s'il le veut ou s'il le peut, dans un délai suffisant et à moins de dommages ; à défaut, permis au propriétaire du fonds encombré de le débayer en disposant des décombres, et de se servir du fonds à son gré. »

(3) Cf. p. 587 pour les détails.

(4) Cf. p. 587 et 588.

(5) Ne pourrait-on pas en dire autant sur les autres points ?

qu'ici moins en profiter ; et, par ce qu'elles contiennent de général, compléteraient ce même bienfait pour tous les pays de la République (1).»

Il n'a pas eu le temps de faire le travail le plus difficile : rédiger en articles les dispositions qu'il proposait. Toute cette réglementation apparaît en effet comme à peu près impossible à arrêter dans une loi générale. Quelques principes seulement peuvent être posés. Les détails fournis parfois par le rapporteur varient forcément avec les circonstances, les terrains, les cultures, etc.

Le Tribunal de Montpellier l'a bien senti, et l'a consigné dans le § III de son Rapport : lorsqu'il critiquait l'idée d'unification du droit, telle que la commission de rédaction du Code civil la comprenait, pour prouver l'impossibilité d'une loi unique dans un grand pays comme la France, il prend justement comme exemple des matières du Code rural (2).

L'auteur du supplément sur le Code rural, à son tour, a parfois compris l'importance de la situation des fonds, de la culture, du climat et de tant d'autres considérations. C'est pourquoi, plusieurs fois, il a proposé de déléguer, soit aux administrations locales, soit aux propriétaires eux-mêmes, le soin de rédiger les règlements. C'est pour cela d'ailleurs qu'il a demandé la création d'associations syndicales de propriétaires.

C'est précisément la difficulté qui a toujours arrêté le législateur dans la rédaction du Code rural, de parler pour toute la France, ou de déterminer avec certitude le domaine de la loi et celui des règlements locaux. Il ne faut pas trop accorder à la loi, pour ne pas entraver

(1) Fenet, t. IV, p. 588.

(2) Fenet, t. IV, p. 522, 523. Cf. plus bas, 3^e Partie, Chap. I.

la liberté du cultivateur et contrarier malencontreusement les habitudes locales. Il ne faut pas trop accorder aux règlements locaux, pour ne pas enlever à la loi son œuvre d'unification, risquer d'avoir autant de coutumes que de clochers, et tomber souvent dans l'arbitraire. Cependant il faut accorder beaucoup au règlement local. C'est bien ici le cas d'appliquer la théorie des climats de Montesquieu : le sol et le soleil du Nord ne seront jamais les mêmes que le sol et le soleil du Midi.

Car on peut comprendre que la loi soit unifiée dans un grand pays : le temps aidant, elle modifiera les habitudes et les mœurs des habitants. Mais elle n'agira pas sur les entrailles de la terre ni sur la nature.

IV. — Une très courte discussion s'engagea au Conseil d'Etat (1) au sujet du régime des eaux. Berlier fit remarquer qu'en adoptant le principe proposé sur la propriété des sources, on rendrait l'application abusive, et il demanda que la propriété ne fût acquise au propriétaire du fonds qu'en réservant « *les droits du propriétaire de l'héritage inférieur, quand il a reçu l'eau de cette source pendant un temps suffisant pour en prescrire l'usage* ». La discussion porta sur le point de savoir si une eau courante pouvait s'acquérir par prescription. Treilhard le niait. Maleville trouvait l'article du projet conforme aux maximes du droit (2).

(1) Séance du 4 brumaire an XII (27 octobre 1803). Fenet, t. XI, p. 245.

(2) « Ce principe ne reçoit d'exception que dans le cas où, indépendamment de la possession, le propriétaire du fonds inférieur a fait depuis trente ans des ouvrages pour l'usage des eaux ; mais, comme l'application rigoureuse du principe peut quelquefois devenir injuste, elle a été adoucie par la juris-

Tronchet, comparant le droit ancien avec la proposition de Berlier, soutint que celle-ci était contraire aux usages des pays de coutumes et à ceux des pays de droit écrit (1). Cambacérès la trouvait juste et Reynaud opinait dans le même sens, en considérant les usages des pays tels que le Piémont, où l'irrigation était si utile (2).

Finalement le Conseil adopta le principe avec l'exception suivante : « Il (le propriétaire qui a une source dans son fonds) ne peut cependant changer le cours donné à l'eau, lorsque le propriétaire du fonds inférieur en a acquis l'usage, ou par un titre, ou par une possession suffisante (3). »

Cambacérès demanda encore, avec Pelet, que « la jouissance du propriétaire supérieur soit réglée de manière à ne pas nuire à celle du propriétaire inférieur » (4).

prudence. Un arrêt rapporté par *Henrys* prononce contre un propriétaire qui, par malice et sans aucune intention d'en profiter, détournait des fonds inférieurs les eaux surgissant de son fonds. L'article 639 confirme cette jurisprudence et permet aux juges de suivre l'équité. Cet article est la meilleure loi qu'on puisse faire sur cette matière où il est dangereux de poser des principes trop abstraits. On a fort bien dit que la propriété des eaux est d'une espèce particulière : sans doute celui dans le fonds duquel l'eau surgit a le droit de s'en servir, quand même, pendant mille ans, elle aurait coulé dans les fonds du voisin, à moins que celui-ci ne se la fût appropriée par un titre ou par des ouvrages ; mais, les besoins de ce premier propriétaire une fois satisfaits, l'équité, l'intérêt public et la destination même de l'eau ne permettent pas que les fonds inférieurs en soient arbitrairement privés : la Providence a créé pour l'usage de tous cet élément nécessaire à tous, et c'est dans ce sens que Justinien a dit dans ses excellents Instituts : « *Communia sunt omnium haec, aer, aqua profluens, mare.* »

(1) Dans les pays de droit écrit, dit-il, « le propriétaire d'une source avait exclusivement la disposition des eaux. » (Fenet, t. XI, p. 259.) Nous avons vu les réserves que le Tribunal de Montpellier faisait à ce sujet.

(2) Cf. Fenet, t. XI, p. 261.

(3) Fenet, t. XI, p. 269 : Art. 638 du nouveau texte. Séance du 11 brumaire an XI.

(4) Fenet, t. XI, p. 263. — Berlier résuma ainsi la doctrine du Conseil d'Etat en présentant le Titre au Corps législatif : « De même que les eaux peuvent

Le Tribunalat ne présenta aucune observation sur les principes (1). Albisson résumant son opinion dit que le projet était « juste et raisonnable, et l'on ne peut qu'applaudir à la mesure observée dans chacune de ces dispositions ». Enfin il rappelait la nécessité de s'en rapporter, en cas de contestation, aux règlements locaux et particuliers sur le cours et l'usage des eaux (2).

être pour l'héritage inférieur une chose incommode, onéreuse, en un mot une vraie servitude, de même et en plusieurs circonstances elles peuvent lui offrir de grands avantages. — Cette situation particulière, considérée dès son origine, ne confère aucun droit de plus à l'héritage inférieur envers l'héritage supérieur dans lequel il y a une source. — Cette source faisant partie de la propriété comme le terrain même, le propriétaire du terrain où est la source peut en disposer à sa volonté. — Mais si, pendant plus de trente ans, ce propriétaire a laissé aux eaux de sa source un cours à l'occasion duquel le propriétaire de l'héritage inférieur ait fait des travaux *apparents* dans la vue d'user de ces eaux, et qu'en cet état celui-ci en ait acquis la possession trentenaire, cette possession ainsi caractérisée a semblé suffisante pour établir les droits de l'héritage inférieur. » (Fenet, t. XI, p. 305.)

(1) Il demanda surtout, dans le domaine qui occupe, une précision sur la nature des travaux que le propriétaire du fonds inférieur devait faire pour conserver l'usage de l'eau coulant du fonds supérieur. Fenet, t. XI, p. 284.

(2) Fenet, t. XI, p. 321 (Rapport fait au Tribunalat).

TROISIÈME PARTIE

L'ESPRIT DES OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL DE MONTPELLIER

Dans le § 1^{er} de son rapport le Tribunal de Montpellier relevait de simples incorrections ou bien attirait l'attention du législateur sur quelques obscurités, quelques imprécisions de son texte, et lui signalait des détails à modifier, si les principes sur lesquels reposait le projet triomphaient dans la lutte inévitable des idées philosophiques et juridiques. — Dans le § 2, il voulait au contraire discuter les idées philosophiques et juridiques dont le projet était empreint. — Dans l'un et dans l'autre, il faisait au projet des critiques nombreuses et sévères.

Après la lecture du § 1^{er} et l'étude du § 2, après avoir recherché le fondement de ces critiques, nous pouvons dire que le Tribunal de Montpellier est nettement hostile à de nombreuses dispositions du projet de Code.

Il nous reste à préciser cette opinion, ce qui nous sera facilité par l'examen du § 3.

De l'étude de son rapport se dégage cette idée première que l'unification tentée est chose impossible.

Si, au lieu de considérer son hostilité évidente à la plupart des dispositions systématiques du projet, nous voulons connaître son opinion générale sur le projet, nous découvrirons le même sentiment d'hostilité.

Hostile à la plupart des théories du projet, hostile au projet, ses critiques ont-elles un lien entre elles ? Sont-elles inspirées par une doctrine générale, ou bien sont-elles dues au hasard d'une rédaction vraiment malheureuse de plusieurs titres du projet ?

Telles sont les questions que nous essaierons de résoudre dans cette troisième partie (1).

(1) Nous consacrerons donc un Chapitre I^{er} à l'Hostilité du Tribunal contre l'unification du droit; un autre chapitre à l'Hostilité du Tribunal contre le projet; et un troisième à la Doctrine du Tribunal de Montpellier.

CHAPITRE PREMIER

Hostilité contre l'Unification

I. — Les magistrats avaient certainement réfléchi à l'unification du droit en France, avant qu'on leur demandât d'étudier le nouveau projet d'un Code unique. Il est naturel de penser qu'ils ne pouvaient pas présenter leurs observations sur le projet, sans donner en même temps leur opinion sur ce problème, jusqu'alors impossible à résoudre.

Le Tribunal de Montpellier n'a pas manqué d'indiquer son opinion et de proposer une solution.

Il ne se pose pas en adversaire théorique de l'unité législative, il s'en montre au contraire partisan : « l'unité dans le système législatif est d'une utilité et d'une nécessité si évidentes, qu'elle doit être envisagée comme un dogme politique dont il ne peut pas être permis de s'écarter » (1).

(1) Fenet, t. IV, p. 535. — § 3 du Rapport.

Mais il croit à l'impossibilité d'une telle unité en France. Sur cette idée il a donné quelques développements qui ne sont qu'une paraphrase de la théorie des climats de Montesquieu : « Il ne paraît pas, dit-il, que dans le projet de Code civil on ait assez senti la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité d'asseoir un système de législation uniforme sur l'usage des eaux pour l'irrigation des terres et pour l'exploitation des usines..., car comment ce système peut-il s'exécuter s'il porte sur une base fausse dans la plupart des lieux où l'usage des eaux est le plus nécessaire et où cet usage ne se règle pas d'après l'utilité, ainsi que le projet de Code l'établit, mais bien d'après la propriété qui en est acquise exclusivement à ceux qui sont en droit de s'en servir. — La même difficulté se présente à l'égard des conditions, de l'exploitation et de la durée des baux à ferme qui doivent nécessairement varier comme les contrées dans lesquelles ils ont lieu ; surtout les baux à cheptel qui, dans certains pays, comportent équitablement des stipulations que le projet de Code proscriet et sans lesquelles ces contrats n'auraient pas lieu (1)... — L'établissement des servitudes rurales, leur usage, surtout de celles qui sont naturelles, lequel est si diversement modifié par les circonstances ; la nécessité de les prescrire, commandée plus ou moins impérieusement par les besoins ; les engagements réciproques des propriétaires des fonds joignants relativement à la plantation des arbres dans la distance convenable et aux

(1) « Telle est, par exemple, la convention de la rétribution annuelle d'une quantité de blé ou d'argent, que le bailleur perçoit dans certains départements méridionaux à raison du travail auquel le preneur peut employer le gros bétail à cheptel. » Fenet, t. IV, p. 522 et 523. — § 3 du Rapport.

autres obligations qui varient selon les lieux ; la diversité des usages pour établir ou justifier les servitudes urbaines, comme les marques de non-mitoyenneté des murs, etc., tous ces objets, dont l'usage est si fréquent, ne peuvent pas sans doute s'arranger, comme dans le projet de Code, dans le cadre d'un système uniforme ; mais les exceptions doivent toujours être à côté de la règle, et ces exceptions doivent être dictées par la connaissance exacte des localités. »

Pour régler tous ces points le législateur est, en effet, dans « la nécessité, et l'indispensable nécessité » de « connaître, de consulter et de se fixer sur les localités et les usages nécessités par les circonstances du climat, du sol et de la nature des choses ».

La loi doit être déterminée par toutes ces circonstances chaque fois qu'elle s'applique aux choses et non aux personnes. Telle est la loi agraire, celle qui règle les servitudes ou services fonciers, etc.

En effet, écrit-il, « ces lois sont tellement modifiées par les localités que celles qui sont appropriées à une contrée, ne conviennent pas souvent à la contrée voisine, et que celles qui s'appliquent avec succès au plat pays s'exécutent avec inconvénient dans les montagnes ; que celles qui règlent les usages et les besoins de l'agriculture, quant aux terres arrosables, bouleverseraient ces mêmes usages, dans leur application aux fonds de terre qui ne s'arrosent pas : c'est ainsi que la plupart des dispositions de la loi sur la police rurale sont insuffisantes ou inapplicables dans certaines contrées des départements méridionaux et que, dans d'autres contrées, elles trouvent une application plus heureuse. De là la nécessité de modifier par tout autant d'exceptions, la règle

générale, supposé que la diversité des localités permette de l'établir » (1).

De même en matière de régimes matrimoniaux : comme le contrat de mariage ne peut pas prévoir tous les détails, on est forcé de s'en rapporter à la disposition générale *de la loi ou de l'usage du pays*. Le Tribunal paraît dire qu'il est impossible à la loi de régler tous les cas. C'est donc l'usage du pays qui suppléera au silence du contrat incomplet : « On coupe court à toutes ces longueurs, d'ailleurs difficiles à détailler, tant dans les pays de droit écrit, que dans les pays de coutume ; on s'en rapporte, dans les contrats, aux règles établies pour chaque matière *dans la loi ou la coutume du pays* (2) qui sont toujours le supplément des stipulations que les parties ne peuvent pas faire » (3).

C'est pourquoi le Tribunal regrette l'abolition des coutumes locales qui obligera les époux à s'en référer à la communauté légale, même quand ils auront tenté de s'en éloigner : « Le projet de Code, *en abolissant ces lois et ces coutumes locales* (4), ne laisse plus aux conventions des parties ce supplément ou cette base qui en faisait le soutien pour tous les cas prévus et non prévus. »

Toujours en discutant sur les régimes matrimoniaux, il parle, à nouveau, de la différence des climats et des mœurs : « Peut-être même que dans les climats méridionaux un pareil usage trouverait encore plus d'inconvénients que dans la France septentrionale. Si ici

(1) Fenet, t. IV, p. 522.

(2) Ces mots sont en italiques dans le Fenet.

(3) Fenet, t. IV, p. 498.

(4) Ces mots sont en italiques dans le Fenet.

l'aptitude des femmes pour les affaires laisse moins de différence entre elles et les hommes, il est certain qu'il y aura moins d'inégalité dans la mise en société de leur travail et de leur industrie..... Mais si le premier apport n'est plus le même en changeant de climat, il ne restera alors qu'un résultat faux et injuste » (1).

D'autre part, la France s'est formée par l'union et l'agrégation de peuples divers, aux habitudes différentes, de sorte que, malgré un caractère national dominant, il subsiste des nuances, suffisamment sensibles dans les tempéraments des habitants, pour légitimer des usages locaux, difficiles à étouffer par une loi générale.

Voilà donc les deux points qui arrêteront le législateur dans son œuvre d'unification. Le Tribunal résume ainsi ses développements : « Il est certain que la France est un Etat trop étendu pour que la différence des climats n'en nécessite une dans certaines lois que la nature des choses et celle du sol modifient nécessairement. Il est certain aussi que les habitudes de tant de peuples divers, successivement réunis à la France sous différents degrés de latitude, ne peuvent pas se fondre tellement dans l'unité du caractère national et de la loi qui lui est propre, qu'il en reste toujours des différences et des nuances sensibles mais légères, qui s'appuient sur des usages particuliers » (2).

Se refuser à les prendre en considération et passer outre comme on le propose dans le nouveau projet de Code en abrogeant, sans exception, toutes les lois

(1) Fenet, t. IV, p. 500.

(2) Fenet, t. IV, p. 535.

anciennes, générales ou particulières ou locales, c'est aller contre la nature des choses. C'est aussi laisser plusieurs points sans solution. En effet, lorsque l'édifice des anciennes lois aura disparu pour faire place à celui des lois nouvelles « ce dernier n'ayant pas son complément, qu'il trouve dans les ruines de l'autre il y aura toujours des rapports entre les deux ; entre les lois nouvelles en vigueur et les lois anciennes abrogées, qui néanmoins seront le supplément des premières. — Ces rapports se compliquent aussi et se multiplient, comme les lacunes, à l'infini, eu égard à l'infinité des points et des matières que l'abrogation a frappés ; eu égard au contre-coup ressenti par les dispositions mêmes qui n'auraient pas été abrogées, et aux points qui, quoique non emportés, n'en restent pas moins ébranlés ; eu égard encore à l'effet de l'abrogation des lois entièrement ou en partie abolies et de celles à qui il restera toujours en tout ou en partie la force de l'usage ; eu égard enfin à la manière dont ces dernières lois doivent se lier aux lois nouvelles pour ne former qu'une même disposition tendant au même but ; résultat qu'on ne peut pas d'ailleurs attendre de deux dispositions incohérentes et inconciliables qui peuvent se rencontrer dans ce dernier cas. — Ainsi, régler les rapports, combler les lacunes, régulariser les effets compliqués des anciennes et nouvelles lois, suppléer à leur silence, pénétrer leur obscurité, telle est la tâche immense qu'impose le perfectionnement du grand ouvrage de la législation nouvelle » (1).

C'est cette tâche que le projet confiait à l'arbitrage des juges. Méthode mauvaise, selon le Tribunal de Montpel-

(1) Fenet, t. IV, p. 533.

lier, qui estimait qu'il était impossible à l'unité désirée de sortir d'une jurisprudence, ouvrage de tant de juges et de tant de Tribunaux, dont le seul guide serait l'arbitraire.

Tenter l'unification en France, c'est donc se heurter à deux obstacles. Essayer de les franchir et décider coûte que coûte que la loi sera une pour tout le pays, c'est vouloir la confusion. Que décider ?

Le Tribunal propose deux solutions très différentes :

En premier lieu, pour ne pas donner au système forcément incomplet de législation un supplément aussi imparfait et aussi défectueux que la jurisprudence « le législateur, dit-il, pourrait... tourner ses vues sur son propre ouvrage pour le compléter lui-même autant que la possibilité peut le permettre ». Alors « le projet de Code ne devrait être considéré que comme les *Institutes* du droit français, à l'instar des *Institutes* de Justinien à l'égard du droit romain. Comme ces dernières le projet de Code contiendrait les principes généraux du droit et, pour ainsi dire, le texte des lois. Le commentaire, le développement et les détails de chaque matière, devraient être l'objet de tout autant de traités séparés, comme ils le sont à peu près dans le Code et dans le *Digeste* du droit romain. Chaque matière recevrait, dans ces traités, des développements suffisants pour diriger le juge dans le détail des décisions particulières ; et il serait infiniment plus aisé de lier les parties de l'ouvrage entre elles dans l'unité des principes et d'en former un tout et un ensemble beaucoup plus complet et plus parfait » (1).

(1) Fenet, t. IV, p. 534. — § 3 du Rapport.

Mais le Tribunal préfère une autre méthode qui, avec moins d'efforts et moins de travail, conduirait le législateur à un résultat non moins heureux, car elle concilierait l'unité du système avec la diversité ineffaçable des habitudes et des convenances particulières (1).

Partant de cette idée que l'unité subsisterait malgré les légères différences des dispositions particulières, qui, « sans choquer l'esprit et la règle générale, ne se rapportent qu'à un objet d'intérêt local », il donne comme domaine à la loi « les dispositions principales et essentielles du système, celles qui tendent à un intérêt d'ordre général et qui sont liées au maintien de la loi politique ».

Quelle est donc exactement l'œuvre à accomplir ? « Laisser subsister les différences locales, en tout ce qu'elles ne choquent pas l'esprit général, et ramener le reste à l'uniformité », dit le Tribunal en n'expliquant rien, car il faut auparavant connaître « l'esprit général » et en traduire les manifestations dans la loi.

Le Tribunal n'est pas d'avis de renverser l'ancien système, de tout détruire, d'abroger toutes les lois anciennes, générales et particulières, car le bouleversement total obligerait à tout recréer : « ce qui doit être général et uniforme, et ce qui doit être particulier et différent. » Il propose comme plus simple et plus naturel de « maintenir l'ancien système, en y *dérogeant* (2) sur les points qui doivent être ramenés à l'unité et à l'uniformité, et surtout ceux dont notre nouvelle situation politique demande la modification ou la réforme ».

Quant à ces dernières, dit le Tribunal, « l'ouvrage paraît déjà porté à sa perfection dans le Livre 1^{er} du projet

(1) Fenet, t. IV, p. 535. — § 3 du Rapport.

(2) Ce mot est en italiques dans le Fenet.

de Code sur l'état des personnes, et dans les différentes lois rendues par nos Assemblées nationales » (1).

Parmi les autres points, certains sont réglés forcément par la *raison écrite* (2), dont l'équité évidente s'allie avec tous les systèmes législatifs sans rien perdre de son inflexibilité. Il en est ainsi pour la plupart des matières du Livre II du projet sur les biens et les différentes modifications de la propriété ; pour la plupart des manières d'acquérir la propriété comme les obligations en général, les engagements sans convention avec leurs accessoires, les contrats en particulier et les libérations qui sont la suite des engagements (3). Que resterait-il donc à unifier et à régler dans la loi nouvelle : seulement « les points de droit ou les matières que nous avons appelées plus haut *systématiques* (4), parce que leur règle est moins dans l'invariable nature que dans la variable combinaison des convenances particulières et générales. — D'après ce plan qui paraît si simple, les matières à traiter dans le nouveau Code se réduiraient à peu près à la *puissance paternelle, et aux obligations des pères envers les enfants, aux tutelles, minorité et interdictions* ;

(1) La phrase du Tribunal est un peu obscure. Faut-il lire : « l'ouvrage paraît déjà porté à sa perfection en ce qui concerne l'état des personnes, dans le Livre I^{er} du Projet de Code et dans les différentes lois rendues par nos Assemblées nationales » ; ou bien : « l'ouvrage paraît porté à sa perfection dans le Livre I^{er} du Projet de Code, c'est-à-dire pour ce qui touche à l'état des personnes, et dans les différentes lois rendues par nos Assemblées nationales pour les autres points, tel que le régime de la propriété, etc. » Cette dernière interprétation paraît contrédite par le contexte puisque le Tribunal n'approuve certainement pas le régime des successions des lois révolutionnaires et renvoie à la *raison écrite* pour certaines matières.

(2) Ces mots sont en italiques dans le Fenet.

(3) Cf. Fenet, t. IV, p. 524. Le Tribunal énumère ces matières à propos des matières sur lesquelles ne peut pas porter la transaction. Cf. Chap. II, p. 348.

(4) En italiques dans le Fenet.

aux successions et aux donations entre vifs ou à cause de mort ; aux droits des époux dans les contrats de mariage ; aux hypothèques et aux ventes forcées, et aux prescriptions. »

Ces points seuls seraient uniformément réglés pour le pays entier par la loi nouvelle. Pour tous les autres, les lois anciennes, « soit générales, soit particulières ou locales », seraient suivies comme auparavant.

Cette méthode apparaît au Tribunal comme réunissant « les deux objets d'importance majeure que le législateur doit avoir principalement en vue : l'utilité générale de l'unité du système, avec les convenances particulières des localités » (1).

II. — Aujourd'hui, un coup d'œil jeté sur la diversité infinie qui se disputait le droit avant la Révolution, nous permet d'en saisir les multiples inconvénients et l'unification nous apparaît comme un bienfait évident. L'histoire nous apprend d'ailleurs que l'unification et la codification sont inévitables pour compléter l'unité politique. Plus les populations, jadis relativement isolées, se rapprochent, plus elles aspirent à la clarté et à la sécurité dans le droit et ces avantages ne sont acquis que par l'établissement d'une loi civile unique (2).

S'il y a quelque chose de vrai dans les observations du Tribunal de Montpellier, en ce sens, que pour voir un grand Etat posséder une seule loi, il faut que les

(1) Fenet, t. IV, p. 537.

(2) Cf. Roguin, *Obs. sur la codification des lois civiles dans Recueil de l'Université de Lausanne* 1896, cité par Guillaumet, thèse, p. 23.

différences de race, de mœurs et d'usages, toutes les particularités sorties de la vie historique se fondent, il convient de remarquer, d'autre part, que cette fusion est hâtée par l'unification du droit. Et c'est pourquoi le XIX^e siècle fut le siècle de l'unification et de la codification. Tous les grands Etats européens voulurent, pour achever leur unité politique, avoir un Code, ou un système de Codes (1). Or la France, après la Révolution, était mûre pour cette réforme : l'unité politique appelait l'unité législative ; le mouvement des idées philosophiques du XVIII^e siècle avait pénétré dans toutes les provinces, et les différences légales entre les personnes et les terres n'existaient plus et ne pouvaient plus exister ; chacun était prêt dans la vie civile à renoncer à ce qu'il était pour devenir ce que tous seraient. Le particularisme provincial disparaissait. Seuls quelques usages locaux restaient enracinés dans le cœur des habitants, parce qu'ils étaient la conséquence du climat ou du sol, tels ceux que le Tribunal de Montpellier a signalés dans son projet de Code rural. — Si le Tribunal de Montpellier réclamait en faveur d'autres coutumes ou usages régionaux, ce n'était plus poussé par un particularisme provincial, c'était parce qu'il les considérait comme découlant du droit naturel, et parce qu'il pensait qu'il était possible de les appliquer dans toute la France.

(1) « Dès le lendemain de sa naissance, le royaume d'Italie a compris que l'unité de la législation complète l'unité politique et donne une grande force à l'Etat en rapprochant les provinces... L'Allemagne unifiée et dominée par la Prusse entra franchement dans la même voie... La Prusse comprit que le meilleur moyen de rapprocher les peuples, c'est de leur donner des intérêts communs et de satisfaire ces intérêts. » Glasson, *La Codification en Europe* dans la *Revue Politique et Parlementaire*, t. II, p. 205, 206 ; t. IV, p. 201. Cf. du même, *Grande Encyclopédie*, v^o *Codification*.

La France n'était pas un pays suffisamment étendu pour que l'on pût constater au Nord et au Midi des aptitudes différentes et des mœurs vraiment opposées comme le Tribunal paraissait le croire (1). — Les craintes du Tribunal de Montpellier n'étaient donc pas fondées et l'histoire l'a démontré.

Le système qu'il proposait, peut-être sous l'influence des procédés de d'Aguesseau, était néanmoins logique à son époque. Demander une unification restreinte à certaines matières, c'était en effet concilier le principe de l'unité, si nécessaire pour tout ce qui touche l'ordre politique ou les principes généraux de législation et les aptitudes locales. C'était demander le système longtemps pratiqué en Allemagne et en Suisse (2). La vie économique d'aujourd'hui, avec la facilité et la rapidité des transports et des communications, supposant une fusion complète, s'accommoderait mal d'un tel système; mais celle du XVIII^e siècle ou du début du XIX^e siècle ne s'y opposait pas.

(1) A propos des régimes matrimoniaux et de l'aptitude des femmes aux affaires. Cf. 2^e Partie, Chap. VIII, p. 221, et ce chapitre-ci, plus haut, p. 332. Fenet, t. IV, p. 500. Il est vrai que le Tribunal expose ici une théorie générale, sans oser assurer qu'elle trouve à s'appliquer en France. Cf. plus bas, Chap. III, l'influence de Montesquieu dans la doctrine philosophique du Tribunal de Montpellier.

(2) C'était cependant laisser subsister la diversité. On peut même se demander si ce n'était pas compliquer le droit, car les nouvelles lois générales devaient forcément se combiner avec les usages locaux.

CHAPITRE II

Hostilité contre le Projet

Le Tribunal de Montpellier n'a fait aucun éloge du Projet de Code civil. A peine a-t-il dit, en passant, que le Livre 1^{er} réglait l'état des personnes, comme la nouvelle situation politique l'exigeait (1).

Aux observations sous les articles (2), aux critiques contre les théories (3), les unes et les autres si nombreuses, que nous pouvons, sans avoir besoin d'insister, assurer que son long rapport est hostile au projet, il a ajouté un nouveau réquisitoire, dans un paragraphe intitulé *Observations générales sur l'ensemble du Projet de Code civil et de ses dispositions* (4).

Jetant un regard sur le système général, il n'approuve pas plus l'ensemble qu'il n'a approuvé les parties.

(1) Fenet, t. IV, p. 536, à propos de l'unification. Cf. Chap. I, p. 336.

(2) § 1^{er}, Fenet, t. IV, p. 420-468.

(3) § 2, Fenet, t. IV, p. 468-519.

(4) § 3, Fenet, t. IV, p. 519-538.

Pourquoi ?

D'abord parce que le projet est trop compliqué ; ensuite parce qu'il n'accomplit pas la transaction annoncée dans le *Discours préliminaire*, et nécessaire pour éviter un bouleversement dangereux de tous les usages, même les plus anciens ; parce qu'il est incomplet et donne à la jurisprudence trop de pouvoir ; enfin, parce que l'unification et l'unité législative ne sont pas possibles sur les bases proposées.

Nous connaissons déjà cette idée spéciale. Il nous reste à étudier les autres.

A) *La simplicité manque.* — « La première des réflexions générales qui peuvent résulter des observations particulières dont on vient de parler ne peut que se rapporter au caractère de simplicité qui ne paraît pas se montrer dans certaines dispositions importantes du projet de Code » (1).

La première qualité d'une loi est donc, aux yeux du Tribunal, la simplicité. Toujours difficile à atteindre, elle est dangereuse dans les matières compliquées, ajoute le Tribunal, sans doute parce qu'il a compris que la loi trop simple serait souvent incomplète puisqu'elle ne pourrait prévoir les hypothèses si variées et si complexes de la vie. Mais la difficulté, pas plus que l'inconvénient, n'est insurmontable : les changements proposés dans le § II résolvent la question.

En pensant, probablement, aux inégalités sociales et politiques de l'ancien régime monarchique, à ses privilèges de juridiction et autres ; en pensant aussi, bien qu'il n'en fût pas question en pays de droit écrit, aux

(1) Fenet, t. IV, p. 519.

distinctions entre les biens nobles et les biens roturiers, entre les propres et les conquets, le Tribunal de Montpellier estimait que la constitution républicaine, par « la réforme des abus et des privilèges et de tant de points de droit difficiles et compliqués » qu'elle avait opérée, plaçait la France dans une situation plus favorable que jamais pour recevoir une législation simple et convenable (1). On était en droit d'attendre « le bienfait d'une législation et d'un ordre judiciaire les plus approchants de la simplicité et des convenances naturelles où la justice, près du justiciable et plus à la portée de ses idées, lui assure ses droits avec plus de célérité et le moins de frais ». La tâche de la justice devant être facilitée par la simplicité des lois, puisque celle-ci « prévient les contestations, facilite les décisions, économise les frais en abrégeant les procédures ».

Reconnaissant à nouveau la difficulté, le Tribunal n'en demande pas moins un effort. Développant toute sa pensée, expliquant le véritable but à atteindre, il émet cette opinion, sinon curieuse du moins intéressante : « C'est toujours quelques pas de plus vers le but, qui pourront un jour nous conduire à celui tant désiré d'une justice rendue *administrativement et sans l'accessoire des formes judiciaires* », et il souligne les derniers mots pour montrer l'importance qu'il attache à l'idée. Nous verrons d'ailleurs bientôt que le Tribunal de Montpellier redoutait les pouvoirs d'interprétation laissés aux magistrats et n'admettait pas que la jurisprudence s'établisse à côté de la loi, comme source du droit (2).

A ce point de vue que vaut le projet ? Il est trop com-

(1) Fenet, t. IV, p. 520.

(2) Cf. plus bas, p. 352 et sq.

pliqué parce que les formes y sont trop nombreuses : il en résultera des contestations et des frais. Car, d'accord avec l'auteur du *Discours Préliminaire*, qui exprimait le vœu de concilier l'intérêt du fisc avec celui de la législation (1), le Tribunal ne voit pas dans le projet la satisfaction de ce vœu : « En effet les significations se multiplient à l'infini dans les matières concernant les tutelles (2), les partages, le concours de plusieurs copartageant les successions (3), dans les licitations, dans tout ce qui a rapport aux hypothèques, saisies réelles, ventes forcées (4), etc. Le morcellement des propriétés résultant des partages, en donnant lieu à des arrangements postérieurs, opère de nouveaux droits, comme la nécessité de réduire en actes publics les conventions même peu importantes (5). Il faut encore ajouter la prohibition qui serait faite, de disposer au delà d'une portion des biens ; prohibition qui, contraignant la volonté et la liberté naturelle de l'homme, les force de saisir tous les moyens obliques, et de simuler tous les contrats, pour éluder la loi qui les gêne, et pour disposer d'une manière indirecte, frauduleuse, et toujours incertaine, d'un bien qu'elles ne veulent pas laisser à la disposition aveugle de la loi (6). Si c'est là un grand

(1) Fenet, t. I^{er}, p. 516.

(2) Cf. ses observations à ce sujet dans le § 2 de son Rapport, Fenet, t. IV, p. 473 ; et plus haut, 2^e Partie, Chap. III.

(3) Cf. ses observations dans le § 2 à propos des successions légitimes. Fenet, t. IV, p. 508, et plus haut, 2^e Partie, Chap. IX.

(4) Cf. ses observations dans le § 2, à propos des hypothèques et ventes forcées. Fenet, t. IV, p. 490, 491, et plus haut, 2^e Partie, Chap. VIII.

(5) Le Tribunal englobe sans doute dans cette formule le contrat de mariage des époux qui auraient voulu en éviter les frais, mais qui sont obligés d'en faire un pour ne pas être mariés sous le régime de la communauté légale. Cf. Fenet, t. IV, p. 498, 499, et plus haut, 2^e Partie, Chap. VIII.

(6) Cf. les observations faites dans le § II, Fenet, t. IV, p. 518.

inconvénient pour le propriétaire, ce n'est pas un petit avantage pour le fisc, qui perçoit toujours des droits à l'occasion de tous ces actes simulés ou frauduleux, sans que leur nullité même puisse jamais nuire à la perception » (1).

On avait l'habitude de tourner la loi au moyen de dissimulations, etc., et l'on compromettait donc la sûreté des contrats, pour éviter les paiements exigés par le fisc. Aussi le Tribunal saisit-il l'occasion pour protester contre cette « situation fâcheuse vers laquelle le gouvernement devrait tourner ses regards, surtout en ce qui concerne les actes d'échange, qui ne devraient pas opérer des droits de mutation, pour favoriser leur heureux résultat de la réunion de fonds, si utile à l'agriculture ».

B) *La transaction n'est pas faite.* — En parlant des inconvénients d'une législation nouvelle et uniforme qui, par suite de l'abrogation des anciennes coutumes locales ou générales, laissait forcément à ses yeux de nombreuses questions sans solution, le Tribunal de Montpellier en vint tout naturellement à rappeler l'opposition des usages des pays de droit écrit et de ceux des pays coutumiers, et à se demander comment une seule législation pouvait remplacer, dans un grand pays, deux lois si contraires. Ces grands usages, dont l'opposition était suffisamment nette pour donner un nom différent aux pays où ils étaient suivis, se confondaient pour le projet de Code dans l'unité de système, « c'est une transaction qu'on dit, dans le Discours préliminaire, avoir été faite entre le *droit écrit* et les *coutumes*. »

(1) Fenet, t. IV, p. 521.

Une telle transaction était-elle donc possible ? Comment apprécier celle qui a été faite ? « Pour apprécier cette transaction, et les avantages qui doivent en résulter pour l'un et l'autre pays, dit le Tribunal de Montpellier, il paraît nécessaire de jeter un coup d'œil sur les matières qui pourraient être l'objet d'un pareil arrangement (1). »

Le Tribunal de Montpellier fait une distinction entre les points de droit qui pouvaient être soumis à cette transaction et ceux qui ne le pouvaient pas, parce qu'ils s'imposaient au législateur.

Ces derniers sont de deux sortes : Il y a tout d'abord « les points importants, les matières civiles liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique. » Portalis avait déjà remarqué dans le *Discours préliminaire* que les lois des assemblées nationales sur ces matières devaient être conservées (2). Les lois sanctionnant les principes de liberté individuelle et d'égalité étaient évidemment la conséquence de la constitution. « Tels sont, dit le Tribunal, la plupart des points sagement traités dans le premier livre du projet de Code, concernant les personnes, les peines contre les secondes noces, etc... »

Il y a ensuite « les dispositions ou principes du droit naturel, dont l'équité est la règle nécessaire et invariable, appelés *la raison écrite*, et qui, tracés dans le droit romain, n'en ont pas moins été suivis dans les pays de coutume » ;

Le Tribunal de Montpellier limite donc le domaine d'application du droit naturel, estimant que certaines

(1) Fenet, t. IV, p. 524.

(2) « Nous avons respecté, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique. » (Fenet, t. I, p. 481.)

matières ne relèvent pas uniquement du droit naturel, que d'autres au contraire en relèvent uniquement et s'imposent ainsi au législateur (1).

Quelles sont donc les matières qui relèvent uniquement du droit naturel ? Ce sont « à peu près » celles qui sont « traitées dans le Livre II du projet de Code sur les biens et les différentes modifications de la propriété (2); telles sont encore la plupart des matières du troisième livre, sur les différentes manières dont on acquiert la propriété (3), comme les obligations en général, les engagements sans convention avec leurs accessoires, les contrats en particulier et les libérations qui sont la suite des engagements ».

Le Tribunal passe alors aux matières qui ne relevant pas uniquement du droit naturel, mais de l'ordre civil et de l'ordre politique en même temps, peuvent donner lieu à un « litige », « si on peut ainsi parler » (4). Ce ne sont pas « les formes selon lesquelles les dispositions du droit naturel doivent être appliquées et suivies dans la société »,

(1) « On sent que les rédacteurs du projet de Code n'ont pas pu... considérer ces matières comme pouvant être maniées au gré du législateur, pour recevoir la forme qu'il voudrait leur donner. Sur ces objets de justice commutative, l'équité se manifeste si clairement, qu'elle ne laisse pour ainsi dire rien à faire au législateur ; n'ayant pas à choisir entre telle ou telle disposition, son ministère semble être forcé d'accepter celle que le droit rigoureux prescrit invariablement : il ne peut donc pas y avoir lieu à *transaction* à cet égard entre le *Droit écrit* et les *Coutumes*. » (Fenet, t. IV, p. 524, 525.)

(2) La distinction des biens : la propriété, l'usufruit, l'usage et l'habitation, droits réels démembrés de la propriété ; les servitudes.

(3) Les successions ; les *contrats ou obligations conventionnelles en général ; les engagements qui se forment sans convention* ; la contrainte par corps ; le cautionnement ; les privilèges et hypothèques ; les saisies réelles, les donations entre vifs et le testament ; le contrat de mariage et les droits respectifs des époux ; la *vente* ; le *louage et les différents contrats* ; la prescription. — Seules les matières que nous avons soulignées dépendent uniquement du droit naturel, d'après le Tribunal de Montpellier.

(4) Fenet, t. IV, p. 525.

car c'est là « un objet de police générale qui ne peut pas être non plus un point de litige entre le *Droit écrit* et les *Coutumes* » (1).

Ce sont « les points de législation... qui tiennent à la fois à l'ordre naturel et civil, ainsi qu'à l'ordre politique; aux simples rapports des individus entre eux et à ces mêmes rapports compliqués avec ceux de la société, à la justice commutative et à l'équité particulière de même qu'à cette convenance générale ou raison d'Etat, où toutes les questions d'ordre, d'administration et d'utilité commune, se compliquent » (2). Abandonnant les abstractions touffues pour arriver aux solutions concrètes, le Tribunal de Montpellier indique les matières suivantes comme « litigieuses » entre les deux droits rivaux « les points systématiques de la puissance paternelle; des tutelles, minorités et interdictions; des successions, des donations entre vifs ou à cause de mort; des droits des époux dans le contrat de mariage; des prescriptions, etc. »

« Mais qu'a-t-il été accordé ou soustrait au droit écrit? Qu'a-t-il été accordé ou soustrait au droit coutumier » dans la transaction à faire sur ces seuls points? « Comment, sinon les droits, les principes et les convenances y ont-ils été ménagés? » (3)

Le Tribunal craint que l'admission, comme régime légal, du régime de communauté du droit coutumier n'affaiblisse la puissance paternelle; il renouvelle les regrets déjà exprimés dans le § II sur la suppression

(1) D'ailleurs le Tribunal fait remarquer que les règlements généraux émanés des Assemblées nationales, et auparavant les ordonnances royales, y avaient pourvu.

(2) Fenet, t. IV, p. 525.

(3) Fenet, t. IV, p. 526.

de l'exhérédation, du droit de disposer librement de leurs biens et celui d'exiger des pères un établissement convenable.

En matière de tutelle, la transaction opérée a été mauvaise : le droit écrit l'emporte à tort dans la division quadripartite des tutelles, mais succombe malheureusement dans la distinction de la tutelle et de la curatelle. La coutume triomphe encore « en mettant à la place de l'interdiction pour cause de prodigalité, la disposition officieuse si peu propre à la remplacer. »

A propos des successions, la critique du Tribunal devient plus générale, plus acerbe, aussi : « On ne trouve plus ces grands traits de la législation romaine qui ne déférait l'hérédité qu'à un seul titre universel, par la volonté de l'homme, et à défaut, par la disposition de la loi ; principe simple dont les avantages étaient sentis dans la pratique. » Le Tribunal rappelle alors sa critique contre l'introduction du régime de la fente, contre la suppression des successions entre époux ; de même « sur la libre disposition des biens dont l'homme ne saurait être privé, le droit écrit n'aurait pas dû succomber dans le maintien d'une faculté si naturelle à l'homme, si précieuse au citoyen et si utile à la fois à la petite et à la grande famille » (1).

Abordant le point le plus vivement attaqué dans le § II de son rapport, il termine l'examen des points où le droit écrit a succombé : « Quant aux droits des époux résultant du contrat de mariage, dit-il, cette matière a été l'occasion du principal triomphe des Coutumes sur le droit écrit. » Et il traduit toute son amertume, toute sa rancœur dans le laconisme d'une formule sévère :

(1) Fenet, t. IV, p. 527.

« Comme cette disposition (le régime légal) tient essentiellement aux principes politiques, la sagesse des Romains paraît devoir la faire chercher plutôt dans le droit écrit que dans les Coutumes qui sont plus l'ouvrage des circonstances et du hasard que le résultat de la méditation, des lumières et des principes » (1).

Sur tous ces points, le droit coutumier a donc triomphé à tort. Les insuffisances de la transaction apparaissent encore dans les règles du droit écrit mal à propos rétablies. Ainsi, les différentes règles que le Code établit à l'égard des prescriptions, les règles connexes sur l'acquisition ou la restitution des fruits, de l'exigibilité des intérêts « et autres objets dont le détail serait trop long » (2).

Le Tribunal résume ainsi ses développements : « Ce serait donc ainsi qu'on aurait fait transiger le *Droit écrit* et les *Coutumes*, en laissant à l'empire de la coutume la presque totalité des points ou les points les plus importants sur lesquels elle pouvait être en concurrence avec le droit écrit, et en abandonnant au droit écrit les autres points qui sont ou de peu d'importance, ou dont la disposition peu convenable aurait été rejetée ou modifiée dans le pays même où ce droit est la loi générale. »

La plupart des pays de droit écrit ayant modifié le droit par les coutumes particulières, qui tenaient compte des convenances ou des localités (3), « seront frustrés à la fois et des dispositions du droit écrit et de celles de leur coutume particulière qui leur était convenable, et qu'ils

(1) Fenet, t. IV, p. 527.

(2) Fenet, t. IV, p. 528.

(3) « Dans certains même de ces pays, ces changements y avaient été faits avec d'autant plus de réflexion et de connaissance de cause, qu'ils y avaient été délibérés et consentis dans les assemblées des états généraux. » (Fenet, t. IV, p. 528.)

recevront à la place de ces lois qu'ils avaient choisies, des dispositions coutumières qui ne leur conviennent pas et des dispositions du droit écrit déjà par eux rejetées ou modifiées. »

C) *Le Projet est incomplet.* — Dans les observations qui suivent se révèle encore l'esprit particulariste du Tribunal de Montpellier, toujours plus ou moins hostile au projet. Rappelant qu'il y a des inconvénients à éviter dans le passage du droit ancien au droit nouveau, il démontre, en citant des exemples, que les dispositions du projet sur la non-rétroactivité des lois ne sont pas de nature à les réduire (1). Il faudrait donc prévoir des

(1) Dans tout changement de législation, les lois nouvelles empiètent sur les effets subsistants des anciennes lois, « les exemples en sont frappants, surtout dans l'exécution des nouvelles lois, qui permettent de faire ce que les anciennes avaient défendu et *vice versa*. Il est certain que toutes les fois que, sur le fondement de la défense faite par la loi ancienne, il y aura des droits positivement acquis à des tiers, ces droits seront emportés par l'effet de la permission accordée par la loi nouvelle : et ce sera là un vrai empiètement de la loi nouvelle sur le domaine de l'ancienne loi, qui porte le caractère et réunit les effets de la rétroactivité. » (Fenet, t. IV, p. 529.) Comme exemple, le Tribunal cite la disposition du projet autorisant le riverain à user de l'eau qui borde sa propriété, si elle lui est utile, alors que l'ancien droit commun ne permettait pas, sur le seul fondement de son utilité particulière, au riverain de se servir de l'eau, surtout lorsque l'usage exclusif en était acquis en vertu d'un titre d'une possession suffisante à d'autres propriétaires. L'effet de la permission nouvelle « est destructif du droit qu'aurait un tiers de se servir de cette même eau à titre de propriété, et en vertu d'une loi précédente portant défense de s'en servir autrement. »

La conclusion du Tribunal c'est qu'« il est indispensable de maintenir par une disposition positive l'effet de l'ancienne loi, subsistant dans les droits qu'elle a acquis à des tiers. » Car la disposition du projet établissant le principe que *la loi ne dispose que pour l'avenir*, et qu'elle n'a point d'*effet rétroactif* est insuffisante : « les cas dont on vient de parler sont d'une spécialité qui ne serait pas comprise dans cette règle ; en ce que quoiqu'à leur égard, la loi ne dispose que pour l'avenir, son effet n'est pas moins rétroactif. C'est en effet sur l'avenir que se porte l'action directe et immédiate de la loi nouvelle, qui permet ce que l'ancienne avait défendu. » (p. 530.)

règles pour empêcher les lois nouvelles de régir les effets des anciennes. Le projet est incomplet : les lacunes sont d'ailleurs inévitables dans un changement de législation.

D) *Le projet donne trop de pouvoir à la jurisprudence.*— Le Tribunal de Montpellier, après avoir déploré l'abrogation générale des usages, coutumes et lois anciennes qui auraient complété heureusement le nouveau Code, en se rappelant peut-être le pouvoir des Parlements, s'effraie de voir le projet de Code donner trop à l'arbitraire du juge. « Régler les rapports, combler les lacunes, régulariser les effets compliqués des anciennes et nouvelles lois, suppléer à leur silence, pénétrer leur obscurité : telle est la tâche immense qu'impose le perfectionnement du grand ouvrage de la législation nouvelle. C'est cette tâche que les rédacteurs du projet de Code semblent renvoyer à l'arbitrage des juges, pour la remplir, à mesure qu'ils feront l'application des lois dans les cas particuliers. » Prévoyant le rôle de cette jurisprudence, il redoute qu'on ne la place sur le même rang que la loi : « Telle serait la jurisprudence qu'on entend placer à côté du sanctuaire des lois... » (1) et il n'apprécie nullement une telle souveraineté à côté de la loi : « Qui ne sent pas d'avance les inconvénients et l'imperfection nécessaire de cette jurisprudence elle-même ? Quelle immensité d'objets n'aurait-elle pas à régler et à coordonner au système de législation dont ils font partie ! »

C'est parce qu'il redoute cette souveraineté de la jurisprudence que le Tribunal de Montpellier souhaite une

(1) Fénét, t. IV, p. 534.

justice rendue administrativement (1). Il n'accorde donc au juge aucun pouvoir d'interprétation ; et cette opinion sous la plume de magistrats est assez piquante. Il faudrait que la loi prévienne exactement l'espèce, ce qui est impossible. Il faudrait aussi que la vie juridique soit figée dans l'immobilité de la loi, ce qui serait désastreux au point de vue économique et social. Parce que certains ont accordé à la codification ce pouvoir, que les faits lui ont heureusement refusé, ils ont combattu la codification et Savigny écrira quelques années après le Tribunal, des pages enflammées pour montrer les inconvénients d'une codification et la nécessité de la jurisprudence (2).

Demander un administrateur à la place d'un juge et reconnaître le Code comme source unique du droit, c'est méconnaître la loi d'évolution, c'est mettre en opposition les exigences du commerce juridique dont le mouvement ne s'arrête pas, avec le droit maintenu en stagnation.

Bien que les faits aient donné raison au Tribunal de Montpellier, lorsqu'il prévoyait l'importance de la jurisprudence après la promulgation du Code, l'opinion de Portalis nous apparaît plus exacte que la sienne ; la nécessité de la jurisprudence, en effet, ne peut guère se discuter puisque « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière », ce que le Tribunal de Montpellier admettait, sans doute, en souhaitant une loi simple. Mais alors, il faut bien permettre « au magistrat et au

(1) Cf. Fenet, t. IV, p. 520, et plus haut, p. 343.

(2) Il est d'ailleurs à remarquer que le Tribunal de Montpellier n'a rien dit sur la *codification*.

jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois d'en diriger l'application ». C'est pourquoi « chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation » (1). Puisque les lois ne peuvent prévoir les transformations économiques de la vie, les magistrats, qui ressentent plus vivement que quiconque le défaut d'adaptation de la loi aux nouvelles conditions économiques, cherchent à le corriger et y arrivent le plus souvent par une interprétation du texte et forcément ils assouplissent la loi et la modifient. Ainsi la jurisprudence est indispensable à côté de la loi pour la compléter lorsqu'elle est muette (2) et pour l'interpréter lorsqu'elle est trop générale.

Pourquoi donc le Tribunal de Montpellier refusait-il à la jurisprudence ce droit de création et d'interprétation? Parce que la jurisprudence serait sans unité:

(1) Discours préliminaire, Fenet, t. I, p. 470.

(2) De sorte que la jurisprudence est une véritable source du droit. Quelquefois même elle crée le droit, lorsque la loi n'est plus en rapport avec les nécessités de la pratique.

Si l'on peut discuter sur le pouvoir du juge dans ce dernier cas on est forcé de lui accorder un pouvoir de légiférer dans le silence de la loi. — Cf. art. 4, Code civil.

Nous ne pouvons étudier en détail les questions si intéressantes qui se posent au sujet de l'étendue de l'œuvre de la jurisprudence, de ses méthodes, et des pouvoirs du juge. Pour ne pas sortir des cadres de notre développement nous renvoyons sur ces questions étudiées en détail depuis quelques années : au livre de Gény ; à celui de Lambert : *Droit commun législatif* ; Cruet : *La vie du droit* ; — dans le *Livre du centenaire* : Charmont et Chausse : *Les interprètes du Code civil* ; Meynial : *Les recueils d'Arrêts et les Arrêtistes*. — Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, etc.

« N'ayant d'autres règles que l'arbitraire, à quelle unité, à quel concert, à quel ensemble faudrait-il s'attendre de la part d'une pareille jurisprudence, ouvrage de tant de juges, et de tant de tribunaux dont l'opinion, ébranlée par les secousses révolutionnaires, serait encore si diversement modifiée ! Quel guide prendrait-elle pour conduire ses pas dans ce dédale, si d'ailleurs les principes sur l'interprétation des lois peuvent si facilement égarer ? et quel serait enfin le régulateur de cette jurisprudence disparate, qui devrait nécessairement se composer de jugements non sujets à cassation puisqu'ils ne reposeraient pas sur la base fixe des lois, mais sur des principes indéterminés d'équité, sur des usages vagues, sur des idées logiciennes et, pour tout dire en un mot, sur l'arbitraire ? » (1)

Cette crainte était vaine, même lorsque la loi est muette, lorsque le juge crée la règle de droit, sa décision est sujette à cassation et la jurisprudence sera ainsi unifiée. En effet, loin de s'appuyer uniquement sur des principes indéterminés d'équité et sur des usages vagues, sur des idées logiciennes, sur l'arbitraire, le juge, pour donner à son travail d'élaboration la certitude et la solidité dont il a besoin pour éviter le danger de l'arbitraire résultant d'une appréciation purement subjective et personnelle, donnera comme point d'appui à sa recherche la loi écrite en raisonnant par analogie : de la situation réglementée par le législateur, il rapprochera les situations que celui-ci n'a point prévues, il notera les points de ressemblance et généralisera la règle posée par le législateur, en l'appliquant à tous les cas. Cette opération apparaîtra dans toute sa simplicité

(1) Fenet, t. IV, p. 534.

lorsqu'il faudra appliquer une disposition précise et formelle de la loi à d'autres cas identiques à celui qui a été réglementé ; elle sera, souvent, plus compliquée parce qu'il faudra dégager les règles générales qui justifient les solutions positives édictées par le législateur, pour construire, à l'aide de ces règles générales, une théorie plus large, embrassant tous les rapports du droit analogues à celui que le législateur a prévu. L'analogie opère alors sur l'ensemble des textes formant la réglementation d'une situation juridique donnée, et elle transporte ce groupe de règles aux situations analogues. — Enfin, le juge aura quelquefois à découvrir les principes généraux rarement formulés par le législateur. Et une fois en possession de ces règles d'ordre général, il les mettra en mouvement, il les combinera pour déduire les conséquences inaperçues par le législateur.

C'est d'ailleurs rarement que le juge construira selon ses propres forces, ce qui laisse une grande place à l'appréciation subjective et à l'arbitraire. Il trouvera, le plus souvent, par le procédé de l'analogie, dans un système juridique en vigueur, le point d'appui sur lequel il fondera ses solutions (1).

(1) Sur tous ces points Cf. Gény, p. 107, 108, 264, 494, 507, 508 ; 129 à 132. — Capitant : *Introduction à l'Etude du droit civil*, p. 80, 82, 85.

CHAPITRE III

La Doctrine du Tribunal d'Appel de Montpellier

La tradition juridique exerce toujours une action considérable sur le jurisconsulte. Les magistrats de Montpellier, élevés dans le culte du droit romain, étaient tentés de considérer comme un sacrilège l'abolition des règles de droit écrit et la préférence du droit coutumier (1).

Leur système est donc, dans ses grandes lignes, celui du droit romain.

La famille, basée sur la puissance paternelle, apparaît au premier plan de l'ordre social. Sans doute elle n'est plus l'antique famille romaine sous l'autorité toute puissante du *paterfamilias*. Mais c'est bien l'idée romaine modifiée par la vie économique qui domine le système.

(1) « La sagesse des Romains paraît devoir faire chercher plutôt dans le droit écrit que dans les coutumes, qui sont plus l'ouvrage des circonstances et du hasard, que le résultat de la méditation, des lumières et des principes... » Fenet, t. IV, p. 527, § 3 du Rapport, à propos des régimes matrimoniaux.

— Si le mariage émancipe, si, à la rigueur, l'âge de la majorité suffit pour émanciper l'enfant, la puissance paternelle doit rester forte, ne jamais cesser complètement, et elle doit être sanctionnée par l'exhérédation et par la liberté de tester. On ne peut pas sortir de la famille quand on le voudrait : le divorce est proscrit. La minorité est distincte de la curatelle. — Dans l'intérêt de la femme et de la famille, les biens dotaux sont inaliénables et imprescriptibles. Dans l'intérêt de la famille, plus spécialement du conjoint survivant, existent le gain de la dot, l'augment et autres droits en faveur de la femme. De sorte que ce système individualiste, consacrant l'indépendance des époux et de leurs patrimoines, s'efforçait de reconnaître les droits réciproques des conjoints.

Le droit de propriété est sacré et inviolable : le Tribunal a pris soin de demander que l'indemnité prévue au cas d'expropriation fût préalable (1) ; il proteste lorsqu'on apporte une limite au droit absolu de disposer qui est l'élément essentiel, le *jus abutendi*, du droit de propriété.

La succession *ab intestat* ne doit pas concourir avec la succession testamentaire. Et c'est l'affection présumée du défunt qui doit présider à la dévolution de ses biens.

A l'influence du droit écrit se mêlait celle des philosophes du XVIII^e siècle et particulièrement celle de Montesquieu. Si la théorie du contrat social paraît vaguement adoptée par les magistrats de Montpellier (2), celle des

(1) § 1^{er} du Rapport, observations sous l'art. 2, Titre II, du Liv. II. Fenet, t. IV, p. 433.

(2) Cf. ce que dit le Tribunal à propos de la liberté de disposer à titre gratuit et de l'origine de la propriété. Fenet, t. IV, p. 509, et plus haut, 2^e Partie,

climats est presque un dogme pour eux. On est tenté de dire que le Tribunal de Montpellier a toujours puisé dans l'*Esprit des lois* les arguments qu'il donne à côté de ses critiques, sauf peut-être à propos du divorce où se manifeste une opposition avec Montesquieu ; lorsqu'il défend un système il invoque l'autorité de Montesquieu, lorsqu'il énonce un principe général c'est, le plus souvent, de l'*Esprit des lois* qu'il le tire.

Se rappelant la phrase de Montesquieu : « la communauté des biens, introduite par les lois françaises entre le mari et la femme, est très convenable dans le gouvernement monarchique, parce qu'elle intéresse les femmes aux affaires domestiques, et les rappelle, comme malgré elles, au soin de leur maison. Elle l'est moins dans la république où les femmes ont plus de vertu » (1), il rejette de la France républicaine la communauté, qui n'était pas d'un usage général dans la France monarchique (2).

Le Tribunal de Montpellier et Montesquieu se rencontrent encore lorsqu'ils recherchent les principes du droit successoral. L'un et l'autre admettent que le droit des enfants de succéder à leurs pères n'est pas une conséquence de la loi naturelle. Celle-ci « ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. Le partage des biens, les lois sur ce par-

Chap. X. A propos de la propriété, le Tribunal paraît en désaccord avec Montesquieu qui la considérait comme une institution sociale, ainsi que la liberté, alors que le Tribunal de Montpellier pense que l'homme « en entrant dans la société y a apporté sa personne avec ses droits naturels, la sûreté individuelle, l'égalité, la liberté et la propriété. » (Fenet, t. IV, p. 509.)

(1) « Elle serait absurde dans les Etats despotiques où presque toujours les femmes sont elles-mêmes une partie de la propriété du maître. » *Esprit des lois*, Liv. VII, Chap. XV.

(2) Fenet, t. IV, p. 501. Cf. 2^e Partie, Chap. VIII, p. 222.

tage, les successions après la mort de celui qui a eu ce partage : tout cela ne peut avoir été réglé que par la société, et par conséquent par des lois politiques ou civiles » (1).

« L'heureux rapport de nos lois constitutionnelles ou politiques avec nos lois civiles », « l'harmonie de tous les rapports et de tous les principes » qui conserve et propage l'esprit de justice qui maintient l'ordre général et particulier dans les sociétés dont parle le Tribunal de Montpellier (2), étaient déjà réclamés par Montesquieu, dans ses développements sur les rapports des lois avec les principes des gouvernements (3). — Les magistrats de Montpellier qui refusaient au juge les pouvoirs d'interprétation, trop largement accordés par le projet de Code, étaient certainement imbus de la théorie fameuse de la séparation des pouvoirs (4) et pour les partisans d'une justice rendue administrativement, les juges de la nation étaient comme ceux de Montesquieu « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur » (5).

Enfin le Tribunal de Montpellier n'a pas oublié d'appliquer la théorie célèbre des climats. Il accordait aux femmes une aptitude différente au Nord et au Midi, il tenait compte des climats divers de la France pour la réglementation des eaux, des servitudes, etc. Amplifiant cette théorie, considérant en effet, à côté des climats, les races qui s'étaient mêlées pour former la race française,

(1) *Esprit des lois*, Liv. XXVI, Chap. VI.

(2) Fenet, t. IV, p. 514.

(3) *Esprit des lois*, Liv. IV, V, VI et VII.

(4) Cf. *Esprit des lois*, Liv. XI, Chap. VI.

(5) Cf. *Esprit des lois*, loc. cit. Ed. Garnier, p. 149.

il croyait à l'impossibilité de régler uniformément le droit pour toutes les parties de la France.

Vu dans son ensemble, le rapport du Tribunal de Montpellier contient un système dont les dispositions se complètent et s'harmonisent entre elles pour former un tout.

Ne peut-on relever, cependant, quelques contradictions?

Si la doctrine du Tribunal de Montpellier est individualiste, comme la doctrine de tous ceux qui admettent un droit naturel, et comme toute doctrine issue du droit romain, il faut cependant remarquer que la conception familiale romaine, celle du Tribunal de Montpellier, est socialiste dans son ensemble, en ce sens que le groupe familial doit rester vivant et fort, la puissance paternelle ayant pour but d'empêcher sa dissociation. Cependant ce principe se heurte avec celui de la doctrine individualiste lorsqu'il s'agit de régler le régime des biens des époux : un régime de communauté est conforme au principe socialiste constitutif de la famille, alors qu'un régime de séparation de biens lui est opposé. Et c'est vraiment dans une pensée individualiste que le Tribunal réclame le régime de séparation de biens absolue, comme régime légal (1), et lorsqu'il repousse l'autorité maritale. — Ce principe socialiste est tempéré aussi par la théorie des droits réciproques des enfants.

(1) Cf. 2^e Partie, Chap. I et Chap. VIII, et Fenet, t. IV, p. 469 : « l'union des époux n'élève pas l'un au-dessus de l'autre : elle est le lien de *deux êtres égaux et indépendants* qui ne peut produire que des droits et des devoirs réciproques » ; et p. 493 : « il serait sans doute *plus naturel de voir les époux libres et indépendants* dans l'administration et jouissance de leurs biens respectifs... »

Le choc de ces deux principes nous apparaît inévitable. Disons plus exactement qu'il ne s'agit pas d'un heurt véritable, mais qu'une certaine fusion de ces deux principes individualiste et socialiste est obligatoire dans tout système de législation parce qu'il n'y a pas entre eux l'antagonisme qu'on a souvent voulu y voir. Un régime qui part du socialisme est forcé, tôt ou tard, de consacrer des principes individualistes, de même qu'un régime individualiste aboutit à l'association, sinon l'un et l'autre tombent dans l'utopie.

Dans le détail, on peut relever aussi quelques contradictions : C'est ainsi que le Tribunal de Montpellier après avoir énergiquement repoussé l'idée d'une communauté de biens, comme conséquence forcée de l'association conjugale, fonde les droits du conjoint survivant, qu'il a si vivement et si justement défendus, sur l'idée de l'existence d'une certaine communauté entre époux. Car la théorie qu'il soutient était vraisemblablement celle du Parlement de Toulouse, et Catellan était formel pour affirmer que « le survivant s'il est sans biens a droit d'en prendre une portion, non par voie de succession et d'héritage, mais comme d'un bien commun... » (1). De même l'idée de la libre disposition des biens par testament se concilie-t-elle avec celle de la conservation des biens dans la famille, vaguement réclamée par le Tribunal de Montpellier ? (2)

De toutes ces petites imperfections faut-il conclure

(1) Catellan, Liv. IV, Chap. XL.

(2) Cf. Chap. IX et Fenet, t. IV, p. 504 : « La combinaison de ces deux règles est un moyen assuré d'exproprier les familles de leurs biens et de les transmettre aux étrangers, etc... » et le contexte qui précisera le sens péjoratif des mots soulignés.

que même un ouvrage qui n'est pas celui « des circonstances et du hasard », mais « le résultat de la méditation, des lumières et des principes » (1), n'est jamais construit d'un seul bloc ?

Le Tribunal de Montpellier, d'ailleurs, ne nous a-t-il pas dit, incidemment, que le législateur ne doit pas adopter toutes les conséquences qui dérivent *des principes* (2) car « sa raison pratique doit s'arrêter là où s'arrêtent les idées, les besoins et les avantages du peuple » ?

(1) Fenet, t. IV, p. 527.

(2) Fenet, t. IV, p. 480.

CONCLUSION

Le Tribunal d'Appel de Montpellier, comprenant l'importance de la consultation ordonnée par le Premier Consul, a voulu apporter aux rédacteurs du Code civil des matériaux solides pour le monument juridique qui si souvent s'était écroulé avant d'être achevé, peut-être parce que ses assises n'étaient pas formées des sentiments généraux du pays, peut-être parce qu'on avait tenu compte beaucoup plus d'idées théoriques, que du résultat pratique de leur application.

Interprétant, sûrement, la pensée du Premier Consul et de la Commission, il s'est attaché précisément à souligner les inconvénients de certaines dispositions sur la vie économique, en même temps qu'il s'efforçait de perfectionner la transaction reconnue nécessaire pour aboutir.

Cependant un certain esprit particulariste et local se dégage de son rapport. Et en constatant que les systèmes critiqués par lui avaient été souvent empruntés au droit coutumier, que les théories dont il ne parle pas avaient été puisées dans le droit écrit, que le plan général suivi,

sur lequel il n'éleva aucune protestation et ne fit aucune réserve, était celui des *Institutes* de Justinien, le droit écrit lui apparaissant d'ailleurs comme la *raison écrite*, aucune discussion ne pouvant dès lors s'engager au sujet de nombreuses et importantes dispositions, on ne peut s'empêcher de penser qu'il était tenté de faire la part plus large au droit écrit qu'au droit coutumier.

Intéressant au point de vue historique, local et doctrinal, le rapport du Tribunal d'Appel de Montpellier ne l'est pas moins au point de vue de son influence sur la rédaction définitive du Code civil.

Son rapport apparut, en effet, au Conseil d'Etat comme le vœu, sinon de tout le pays de droit écrit, du moins comme celui de la plus grande partie de ces pays dont les autres Tribunaux avaient été plus timides.

A ce titre il inspira souvent ceux des membres du Conseil qui défendirent le droit écrit. Maleville et quelquefois Cambacérès y puisèrent plusieurs idées et plusieurs arguments, et son opinion fut souvent citée au cours de la discussion.

Sur plusieurs points ses observations furent écoutées : ainsi on stipula une indemnité préalable au cas d'expropriation de la propriété privée ; le retour légal à l'ascendant donateur fut prévu, pour satisfaire l'équité dont le Tribunal de Montpellier avait montré la violation, le régime dotal, sinon celui des pays de droit écrit qui conciliait l'indépendance des époux avec leurs droits et leurs devoirs réciproques, du moins un régime approchant fut prévu dans le Code à la suite de sa vigoureuse protestation ; etc...

L'influence du Tribunal d'Appel de Montpellier n'est pas la seule qui se soit fait sentir au Conseil d'Etat. Nous avons pu nous rendre compte au cours de cette étude que les rapports d'autres Tribunaux y furent étudiés et cités, qu'on se décidait souvent dans le sens de la majorité pour exprimer le vœu du pays.

Les observations des Tribunaux sur le projet de Code civil apparaissent donc, dans les travaux préparatoires, comme des éléments importants et méritent, à ce titre, un examen attentif.

Montpellier, le 6 mars 1919.
VU : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
E. BRIDREY.

VU et approuvé :
Montpellier, le 8 mars 1919.

Le Doyen,
BRÉMOND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 10 mars 1919.
Le Recteur,
Ant. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

I. — SOURCES

A. — SOURCES MANUSCRITES

Registre des délibérations du Tribunal d'Appel séant à Montpellier.
— Aux Archives du greffe de la Cour d'Appel de Montpellier.

(Registre très sommaire. Sur le premier feuillet est inscrite la mention suivante : *Le présent registre, contenant quatre-vingt-douze feuillets, destiné pour recevoir les délibérations du Tribunal d'Appel séant à Montpellier, a été coté et paraphé par nous Gaspard-René Perdrix, président du dit Tribunal à Montpellier, le vingt-deux messidor an huit de la République française une et indivisible. Perdrix, président, signé. Derives, signé.*)

Circulaire du Ministre de la Justice aux juges composant le Tribunal d'Appel séant à..., datée de Paris, le 12 germinal an IX de la République une et indivisible, signée Abrial.
— Aux Archives du ministère de la Justice.

•

Soulier (J.). — *Recherches historiques et chronologiques pour servir à l'histoire de Montpellier.* — *Loisirs de V^e. L^s. S^r.* pendant les vacances des années 1814-1815, 1816-1817. — A la Bibliothèque de la ville de Montpellier, rel. en 2 vol.

(Le 1^{er} volume contient la 1^{re} Partie de 1788 au 1^{er} vendémiaire an IV : le 2^e, la 2^e Partie, du 1^{er} vendémiaire an IV au 1^{er} vendémiaire an VIII, et la 3^e Partie, du 1^{er} vendémiaire an VIII jusqu'au 15 avril 1814. — Ce manuscrit paraît écrit de deux écritures différentes.)

Archives du département de l'Hérault. — **Série U :** *Organisation des nouvelles administrations. Cours de justice. An VIII et an XIII.*

Série Z : *Analyse de la correspondance du Préfet du département de l'Hérault. Bureau des secours. Travaux publics et de police civile. An IX : 10 cahiers.*

En outre sur la question spéciale du divorce nous avons consulté :

Archives départementales de l'Hérault. — L $\frac{1}{h}$ $\frac{M}{9}$ 503 : *Circulaire du ministère de l'Intérieur au commissaire du pouvoir exécutif près l'Administration centrale au sujet de l'envoi de modèles de tableaux devant contenir des renseignements sur les naissances, mariages, divorces et décès. Tableaux dressés par les municipalités an IV à l'an VIII.*

(Ce carton contient les tableaux pour l'an IV seulement et seulement pour certains cantons et certaines communes du département.)

— L $\frac{1}{h}$ $\frac{M}{9}$ 505 et 506 : *Tableaux des naissances, mariages, divorces, décès, arrêtés par les administrations municipales. An IV à l'an VIII.*

(Ces cartons contiennent seulement les tableaux de certains cantons et pour l'an IV seulement.)

Registre des mariages du 1^{er} janvier 1793 au dernier jour complémentaire an II. Mairie de Montpellier, Bureau de l'état civil.

(Ce registre ne contient ni relevé ni table, si ce n'est une table par noms alphabétiques, n'indiquant pas s'il s'agit d'un mariage ou d'un divorce.)

Registre avec table décennale des actes de mariages du 20 septembre 1792 au 1^{er} vendémiaire an XI.

(Registre par lettres alphabétiques ; en face du nom dans une 2^e colonne est indiqué la date de l'acte de mariage le folio du registre. A la suite une table identique pour les divorces.)

Registres des actes de mariages pour la 3^e année..., 13^e année de la République, 11 registres.

(Sur la couverture de ces registres est fait un relevé du nombre de mariages et du nombre de divorces mensuel.)

B. — SOURCES IMPRIMÉES

Archives Nationales AD II ⁵⁴ à ⁵⁶. — *Travaux préparatoires et observations des Cours d'Appel.*

(Ces documents ont été publiés par Fenet. D'ailleurs les cartons AD II ⁵⁴ et AD II ⁵⁵ contiennent une édition in-8° du Fenet de 1828. Le carton AD II ⁵⁶ contient 4 volumes intitulés : *Conférence des observations des Tribunaux d'Appel sur le projet de Code civil* en 4 parties. Chaque volume suit l'ordre des matières du Code et résume et rapproche à propos de chacune d'elles les observations diverses des Tribunaux.)

Archives Parlementaires. — *Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises imprimé... sous la direction de J. Mavidal et E. Laurent.* — 2 séries, Paris, 1887 sqq., in-4°.

Fenet (P.-A.). — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.* — Paris, 1827, 15 vol. in-8°.

Loché (J.-G.). — *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion ou Conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des Tribunaux d'Appel, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunal, des exposés des motifs, des rapports et discours, etc.* — Paris, 1807, 7 vol. in-8°.

Maleville (Jacques). — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat.* — 3^e éd., Paris, 1822, 4 vol. in-8°.

Conférence des observations des Tribunaux d'Appel sur le projet de Code civil. — Paris, Imp. de la République, an IX et X, 4 part. in-4°.

(Très probablement celle du carton AD II ⁵⁶ des Archives nationales.)

Crussaire. — *Analyse des observations des Tribunaux d'appel ou du Tribunal de cassation rapprochés du texte.* — Paris, Rondonneau, 1802.

(Nous n'avons pu le consulter. N'est-ce pas la copie du précédent, c'est-à-dire du carton AD II ⁵⁶ des Archives nationales ?)

Jouanneau et Solon. — *Discussion du Code civil dans le Conseil d'Etat précédé des articles corrigés du texte et du projet.* — Paris, an XIII (1803), in-4°.

Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de Code civil, années IX-XII et Tables. — Paris, Imp. de la République, et Clément 1803-1808, 6 tomes en 3 in-4°.

(Ces procès-verbaux sont les procès-verbaux officiels publiés ensuite par Fenet et reproduits dans les Archives Parlementaires, 2^e série.)

Rondonneau. — *Procès-verbaux du Conseil d'Etat relatifs à la discussion du Code civil.* — 5 vol., Paris.

(Puisés dans les procès-verbaux officiels ci-dessus.)

Thibeaudeau. — *Mémoires sur le Consulat.* — Paris, 1827, in-8°.

(Rapporte les propres paroles du Premier Consul lors de la discussion au Conseil d'Etat. — Rare, nous n'avons pu nous le procurer.)

Duvergier, Dufaud et Guadet. — *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques.* — Paris, 1830, 7 vol. in-8°.

Isambert, Decrusy et Armet. — *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789.* — Paris, 29 vol. in-8°.

Procès-verbal de l'installation de Monsieur Duveyrier... à la place de Premier Président de la Cour d'Appel séant à Montpellier. — Montpellier, Imp. Fontenay-Picot. — 1 brochure in-16, s. d.

(Il s'agit de l'audience du 28 mars 1808.)

Bligny-Bondurand. — *Cahiers de doléances de la sénéchaussée de Nîmes pour les Etats Généraux de 1789.* — Nîmes, 1909, in-8°.

(Collection des documents inédits de l'histoire économique de la Révolution française.)

Fournier (Joseph). — *Cahiers de doléances de la sénéchaussée de Marseille pour les Etats Généraux.*

(Collection des documents inédits de l'histoire économique de la Révolution française.)

II. — TRAVAUX

Nous n'avons trouvé aucun travail spécial sur les observations des Tribunaux (Cf. Introduction, p. 17 et sq.). Pour ce point particulier on trouvera quelques lignes seulement, dans les Travaux consultés sur la préparation générale du Code civil, ou dans les Travaux d'ordre historique et de doctrine générale rentrant sous les rubriques A et B.

Sous la rubrique C on trouvera seulement les ouvrages à consulter sur les matières traitées dans le rapport du Tribunal d'Appel de Montpellier.

A. — TRAVAUX SUR LA PRÉPARATION DU CODE CIVIL

Aubriet. — *Vie de Cambacérès....*. Paris, 1824, in-16. °

Bressolles. — *Etude sur les rédacteurs du Code Napoléon dans la Revue Wolowski*, 1852.

(Superficiel.)

Dubédat. — *Cambacérès et la part prise par le 2^e consul aux Travaux préparatoires*, dans *Recueil Académie de législation de Toulouse*, 1858, t. VII.

(Superficiel.)

Dard. — *Conférence du Code civil avec les lois anciennes.* — 4^e éd., Paris, 1827, in-4°.

(Compilation un peu fastidieuse.)

Dufour. — *Le Code civil avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées.* — Paris, 1806, 4 vol. in-8°.

(Rare, nous n'avons pu nous le procurer.)

Esmein. — *Grande Encyclopédie. V° Code.*

Glasson. — *La codification en Europe au XX^e siècle*, dans la *Revue politique et parlementaire*, t. II et III.

— *Grande Encyclopédie. V° Codification.*

Guillaumet (Marcel). — *La procédure parlementaire et la Codification.* — Thèse droit. Paris, 1903.

Jac. — *Bonaparte et le Code civil.* — Paris, 1898.

(Bien que partout cité, nous n'avons pu nous le procurer.)

Laferrière. — *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution 1789-1804.* — 2^e éd. Paris, 1851-1852, in-18.

Leroy (Maxime). — *Le centenaire du Code civil*, dans la *Revue de Paris*, 1903, t. V.

(Ouvrage plus politique que juridique.)

Sagnac (Ph.). — *La législation civile de la Révolution française.* — Paris, 1912, in-8°.

Sérurier. — *Précis historique sur les Codes français.* — Paris, 1845, in-8°.

(Sec et sans intérêt.)

Sevin. — *Origines révolutionnaires du Code Napoléon*, dans la *Revue pratique de droit et de jurisprudence*, 1866, t. XXI, et 1870, t. XXX.

(Très sec, sans intérêt.)

Lerminier. — *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e siècle.* — Paris, 1833, in-8°.

**B. — TRAVAUX GÉNÉRAUX D'HISTOIRE
ET DE DOCTRINE**

Aigrefeuille (Charles d'). — *Histoire de la ville de Montpellier*, publiée par La Pijardière. — Montpellier, 1875, 4 vol. in-4°.

Aulard (A.). — *Etudes et leçons sur la Révolution française.* — Paris, 1909, in-12.

Guizot. — *Histoire de la civilisation en France.....* — 3^e éd., Paris, 1840, 4 vol. in-8°.

Lavisse et Rambaud. — *Histoire générale.....* — Paris, 1894-1899, 11 vol. in-8°.

Michelet. — *Histoire de la Révolution française.* — Edition définitive, Paris, 1898, 7 vol. in-8°.

(Edition des Œuvres complètes, t. 17 à 23.)

— *Histoire du XIX^e siècle.* — Paris, 1898, in-8°.

(Edition des Œuvres complètes, t. 24 à 26.)

Mignet. — *Histoire de la Révolution française depuis 1789 jusqu'en 1814.* — 7^e éd., Paris, 1892, 2 vol. in-12.

Taine. — *Origines de la France contemporaine.* — 11 vol., 20^e éd., Paris, 1911, in-16°.

Tocqueville. — *L'ancien régime et la Révolution.* — 8^e éd., Paris, 1877, in-8°.

Thiers. — *Histoire du Consulat et de l'Empire faisant suite à l'Histoire de la Révolution française.* — Paris, 1845-1869, 21 vol. in-8°.

Brissaud (J.). — *Cours d'histoire générale du droit français public et privé.* — Paris, 1908, 2 vol. in-8°.

Esmein (A.). — *Cours élémentaire d'histoire du droit français.* — 11^e éd., Paris, 1912, in-8°.

— *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat et Empire.* — Paris, 1908, in-8°.

Giraud. — *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge,* Paris, 1846, 2 vol. in-8°.

Glasson. — *Histoire du droit et des institutions de la France.* — Paris, 1887, in-8°.

— *Eléments du droit français considérés dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique.* — Paris, 1884, 2 vol., in-8°.

Laferrière. — *Histoire du droit français.* — Paris, 1838, 2 in-8° ; 1858, 6 vol., in-8°.

— *Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome.* — Paris, 1852-1858, 6 vol. in-8°.

Lerminier. — *Introduction générale à l'histoire du droit.* — Paris, 1829, in-8°.

Thalamus parvus, publié pour la première fois, d'après les manuscrits originaux par la Société archéologique de Montpellier. — Montpellier, 1836, in-4°.

Tardif. — *Le droit privé au XIII^e siècle d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier.* — Paris, 1886, in-8°.

Tardif. — *Histoire des sources du droit français.* — Paris, 1890, in-8°.

Valette. — *De la durée persistante de l'ancien droit*, dans le Recueil de l'Académie des Sciences morales et politiques.

Violet. — *Précis de l'histoire du droit français.* — Paris, 1884-1886, in-8°.

— *Histoire des institutions politiques et administratives de la France.* — Paris, 1890 sqq., in-8°.

— *Droit privé et sources.....* — 2^e éd., Paris, 1893, in-8°.

Girard. — *Manuel élémentaire de droit romain.* — 5^e éd., Paris, 1917, in-8°.

May (Gaston). — *Eléments de droit romain.* — 11^e éd., Paris, 1913, in-8°.

Savigny. — *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1840, in-8°.

Thibaut. — *Ueber die Nothwendigkeit eines Allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.

Le Livre du Centenaire. — 2 vol., Paris, 1904, in-8°.

Argou. — *Institution du droit français.* — Paris, 1746, 2 vol. in-12.

Boutaric. — *Les Institutes de Justinien conférés avec le droit français.* — Toulouse, 1738, in-4°.

Bretonnier. — *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents Tribunaux du royaume.* — Paris, 1753, in-12.

Catellan (Jean de). — *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse.* — Toulouse, 1705, 2 vol. in-4°; et *Observations sur les Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, enrichis par **J. de Vedel.** — Toulouse, 1733, 2 t. en 1 vol. in-4°.

Domat. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel.* — Paris, 1745, 2 in-f°.

Espeisses (D'). — *Œuvres.* Nouvelle édition revue, corrigée et très considérablement augmentée par M. Guy du Rousseaud de la Combe. — Toulouse, 1778, 3 vol. in-4°.

Ferrière (Claude-Joseph). — *Dictionnaire de droit et de pratique.* — Paris, 1755, 2 vol. in-4°.

— *Histoire du droit romain.* — Paris, 1782, in-12.

Furgole. — *Œuvres complètes.* — Paris, 1775-1776, 8 vol. in-8°.

Henrys. — *Œuvres de Claude Henrys contenant son recueil d'arrêts.* — Paris, 1772, 4 vol. in-f°.

Julien (J.-J.). — *Eléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume.* — Aix, 1785, in-4°.

Loysel. — *Institutes coutumières.....* Edition Dupin — Paris, 1846, 2 vol. in-12.

Merlin (de Douai). — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* — Bruxelles, 5^e éd., 1825-1828, 36 vol. in-8°.

Rousseaud de la Combe (Guy du). — *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique.* — Paris, 1769, in-4°.

Serres (Jean-Edmond). — *Les Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien accommodées à la jurisprudence moderne et aux nouvelles ordonnances.* — Paris, 1771, in-4°.

Serres (Jean-Edmond). — *Explication des articles du statut municipal de la ville de Montpellier qui sont encore en usage.* — Montpellier, 1768.

(Ouvrage très résumé, à l'usage, dit l'auteur, de ses étudiants et du public qui n'a que de trop gros volumes à consulter.)

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français.*.... — 4^e éd., Paris, 1869, 8 vol. in-8°.

Baudry-Lacantinerie. — *Traité théorique et pratique de droit civil.* — 3^e éd., Paris, 1905-1909, 29 vol. in-8°.

Capitant. — *Introduction à l'étude du droit civil.* — 3^e éd., Paris, 1912, in-8°.

Laurent. — *Avant-Projet de révision du Code civil.*

— *Principes du droit civil français.* — 3^e éd., Paris, 1878, 33 vol. in-8°.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil.* — Paris, 3 vol. in-8°.

Pothier. — *Œuvres*, publiées par Dupin. — Paris, 1824, 11 vol. in-8°.

Taulier. — *Théorie raisonnée du Code civil.* — Paris, 1840-1848, 7 vol. in-8°.

Troplong. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code.* — Paris, s. d., 27 vol. in-8°.

Boistel (A.). — *Cours de philosophie du droit.* — Paris, 1889, 2 vol. in-8°.

Charmont (J.). — *Le droit et l'esprit démocratique.* — Montpellier, 1908, in-8°.

— *Transformations du droit civil.* — Paris, 1912, in-16.

Charmont (J.). — *La Renaissance du droit naturel.* — Montpellier, 1910, in-8°.

Cruet (Jean). — *La vie du droit.* — Paris, 1908, in-16.

Demogue (René). — *Les notions fondamentales du droit privé.* Essai critique. — Paris, 1911, in-8°.

Esmein. — *Jurisprudence et Doctrine*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n° 1.

Gény (François). — *Méthode d'interprétation et sources en droit positif.....* — Paris, 1899, in-8°.

— *Science et technique du droit privé positif.* — Paris, 1914. in-8°.

Lambert (Edouard). — *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé.....* — Paris, 1903 sqq., in-8°.

Langlois. — *Essai sur le pouvoir prétorien de la Jurisprudence.* — Thèse, Caen, 1897.

Tarde. — *Les transformations du droit. Etude sociologique.* — 2° éd., Paris, 1894.

Helvetius (Claude-Adrien). — *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation.* — Londres, 1773, 2 vol. in-12.

Holbach. — *La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur la nature.* — Amsterdam, 1776, 3 vol. in-12.

Montesquieu. — *L'esprit des lois*, éd. Garnier. — Paris, s. d., in-16.

Rousseau. — *Du contrat social.*

C. — TRAVAUX SPÉCIAUX

Albert (Georges). — *La liberté de tester.* — Paris, 1895, in-8°.

(Très gros volume avec de nombreuses citations et une bibliographie importante, souvent plus déclamatoire que juridique.)

Bernard (Marie-Paul). — *Histoire de l'autorité paternelle en France.* — Montdidier, 1863, in-8°.

(L'auteur se préoccupe surtout du côté moral de son étude, il n'indique ni sources, ni références.)

Boissonnade. — *Histoire des droits de l'époux survivant.* — Paris, 1874, in-8°.

— *Histoire de la réserve héréditaire.* — Paris, 1873, in-8°.

Bonnecase. — *La Réforme du régime de la communauté légale, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1911.*

Blum (Edgar). — *Les essais de réforme hypothécaire sous l'Ancien Régime.* — Thèse, Paris, 1913, in-8°.

Brohard. — *Observations sur l'édit des hypothèques du mois de juin 1771.* — Lyon, 1780, in-12.

Bridel. — *Les droits des femmes et le mariage. Etudes critiques de législation comparée.* — Paris, 1893, in-18.

Coirard. — *La famille dans le Code civil 1804-1904.* — Thèse, Aix, 1907, in-8°.

Esmein. — *Le mariage en droit canonique.* — Paris, 1891, 2 vol. in-8°.

Eyquem (A.). — *Le régime dotal, son histoire, son évolution, ses transformations au XIX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat.* — Paris, 1903, in-8°.

Gide (Paul). — *Condition privée de la femme.* — Paris, 1867, in-8°.

(La condition de la femme dans le droit révolutionnaire n'y est pas traitée.)

Ginoulhiac (Ch.). — *Histoire du régime dotal et de la communauté en France.* — Paris, 1842, in-8°.

Glasson. — *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. Etude de législation comparée précédée d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne.* — 2^e éd., Paris, 1880, in-8°.

— *La Grande Encyclopédie. V^e Divorce.*

— *L'autorité paternelle et le droit de succession des enfants.*
— Conférence parue dans la *Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 209-224.

(Congrès de 1889 de la Société d'économie sociale.)

Grenier. — *Commentaire sur l'Edit portant création de conservateur d'hypothèques sur des immeubles réels.* — 2^e éd., Riom, 1787, in-12.

(La première édition est de 1785.)

Guillouard (L.). — *Traité du contrat de mariage...* — Paris, 1885-1889, 4 vol. in-8°.

— *Traité des privilèges et hypothèques...* — Paris, 1896-1889, 3 vol. in-8°.

Janet (Paul). — *La famille. Leçons de philosophie morale.* — Paris, 1861, in-18.

- Jarriand (Emile).** — *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit.* — Thèse, Paris, 1889.
- Laboulaye.** — *Recherches sur la condition civile et politique des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours.* — Paris, 1843, in-8°.
- Lambert (E.).** — *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France, son fondement, sa nature.* — Paris, 1895, in-8°.
- Lefebvre (Charles).** — *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français* (Cours de 1898-1899). — Paris, 1899, in-8°.
- *Droit des gens mariés en pays de droit écrit et en Normandie.* Paris, 1912, in-8°.
- Le Play.** — *Organisation de la famille...* — Paris, 1871, in-18.
- *La réforme sociale en France...* — Paris, 1866, 2 vol., in-18.
- Mallet (Georges).** — *Le divorce durant la période du droit intermédiaire.* — Thèse, Paris, 1899, in-8°.
- Martin (Olivier).** — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire.* — Thèse, Paris, 1901, in-8°.
- Masse (Louis).** — *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques.* — Thèse, Paris, 1902, in-8°.
- Masson.** — *Recherches historiques sur l'origine de l'autorité maritale en France, dans le Journal de l'Institut historique,* 1845, t. V.
- Masson (Emile).** — *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution.* — Thèse, Paris, 1911.

Meunier (Léon). — *Réforme du régime matrimonial légal.* — Thèse, Paris, 1912, in-8°.

Meynial. — *Note sur la loi EMPTOREM*, dans les *Mélanges Girardin*, p. 413-435.

Nougarède baron de Fayet. — *Lois des familles. Essai sur l'histoire de la puissance paternelle et sur le divorce.* 2^e éd. — Paris, 1814, in-8°.

Plessis de Grenedan (J. du). — *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien droit français, depuis les origines jusqu'à la Révolution.* — Thèse, Paris, 1900, in-8°.

Rouquet. — *Evolution du droit de la famille vers l'individualisme.* — Thèse, Montpellier, 1909, in-8°.

Roussilhe. — *La jurisprudence entre vifs, suivant l'usage de tous les parlements et sièges du royaume.* — Avignon, Delaire, 1771, 3 vol. in-12.

— *Traité de la Dot à l'usage des pays de droit écrit et de celui de coutume.* — Clermont-Ferrand, Delcros, 1785, 2 vol. in-12.

Seriziat. — *Traité du régime dotal.* — Lyon, 1843, in-8°.

Tessier. — *Traité de la dot, suivant le régime dotal établi par le Code civil, ou conférence sur cette matière du nouveau droit avec l'ancien.* — Paris et Bordeaux, 1835, 2 vol. in-8°.

Vallier. — *Le fondement du droit successoral.* — Thèse, Paris, 1901.

Vazeille. — *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle.* — 2 tomes reliés en 1 vol., Paris, 1825, in-16.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

La codification en France. Echecs de la Monarchie et des Assemblées révolutionnaires, p. 9. — Importance que Bonaparte attache à la codification, p. 10. — Difficultés, p. 11. — Le projet de Code civil rédigé par une Commission nommée par le Premier Consul est soumis à l'appréciation des Tribunaux d'Appel, p. 13. — Leurs rapports paraissent faits sans pression gouvernementale, p. 14. — Leur importance, p. 16. — Dédain témoigné vis-à-vis de ces documents : par les historiens, p. 18, par les juristes, p. 22, par les historiens du droit, p. 23. — Importance des observations des Tribunaux : la consultation des Tribunaux explique, en partie, le succès du projet de Code civil ; la fusion des coutumes et des statuts si divers était nécessaire ; sans cette fusion le pays aurait protesté : en 1789, il y avait trois cent soixante coutumes générales en France ; en 1804, il n'y avait plus qu'une seule et unique loi. En 1789, le pays ne demandait pas l'unification ; en 1804, il l'accepte facilement. La collaboration des Tribunaux a aidé à la fusion et à la transaction nécessaire, p. 27. — But de ce livre : montrer que certains Tribunaux n'ont pas admis la législation proposée et ont voulu contribuer à la transaction nécessaire entre les droits si divers du pays. — Ce livre n'est donc pas un tout, il fait partie d'un programme général, p. 34.

PREMIÈRE PARTIE

LES OBSERVATIONS DU TRIBUNAL D'APPEL DE MONTPELLIER

Plan.....	37
-----------	----

CHAPITRE PREMIER

Le Tribunal d'Appel de Montpellier en l'An IX

Création des Tribunaux d'Appel, p. 38. — Nomination des juges du Tribunal d'Appel de Montpellier. Installation du Tribunal, p. 40. — Ses juges sont choisis parmi ceux de la région, p. 45. — Le Président Perdrix, p. 45.

CHAPITRE II

La Rédaction des Observations du Tribunal d'Appel de Montpellier

Différentes méthodes employées par les Tribunaux d'Appel pour rédiger leurs observations, p. 50. — Le Tribunal de Montpellier nomme une Commission de trois membres, qui paraît avoir travaillé seule, p. 52. — Cependant les documents manquent pour l'affirmer, p. 55. — Au rapport du Tribunal est joint un supplément qui ne paraît pas être l'œuvre de la Commission, mais celle d'un membre du Tribunal, p. 55, 56. — Plan des observations du Tribunal de Montpellier, p. 58. — Plan à suivre pour l'étude de ces observations, p. 59.

DEUXIÈME PARTIE

LES OBSERVATIONS SUR LES DISPOSITIONS SYSTÉMATIQUES

Considérations générales. — Plan..... 61

CHAPITRE PREMIER

Autorité maritale

I. — Le projet, influence du droit coutumier, p. 65. — II. — Analyse des observations du Tribunal de Montpellier : l'autorité maritale ne peut pas être l'effet naturel du mariage ; le mariage n'élève pas l'un des époux au-dessus de l'autre ; le mariage ne peut pas produire des effets quant aux biens, p. 66. — III. — Appréciation critique de ces observations : le Tribunal n'a pas compris le vrai fondement de l'autorité maritale. L'autorité maritale est la conséquence de la règle *pater is est* ; influence du mariage sur les biens. La gestion du patrimoine par le mari sera la consé-

quence de l'autorité maritale, p. 69. — IV. — Portée des observations du Tribunal de Montpellier. Discussion du projet, p. 80.

CHAPITRE II

Puissance paternelle et Droits des enfants envers les pères

- I. — Le projet, p. 85. — II. — Opposition du projet avec le Droit écrit, p. 87. — III. — C'est vers ce Droit écrit que le Tribunal de Montpellier veut revenir : puissance paternelle forte ; exhérédation ; obligation de doter. Il donne à la puissance paternelle le même fondement qu'à l'autorité sociale, p. 91. — IV. — Ce fondement est faux. Le véritable fondement : la puissance paternelle est une prise de possession, p. 94. — V. — Discussion au Conseil d'Etat et au Tribunat, p. 99.

CHAPITRE III

Tutelles et Interdictions

- I. — Analyse du projet de Code, p. 106. — II. — Législation des pays de Droit écrit : distinction de la tutelle et de la curatelle, p. 109. — III. — Analyse des observations du Tribunal de Montpellier. Elles sont inspirées par le droit local, p. 112. — IV. — Discussion du projet, p. 115.

CHAPITRE IV

Divorce

- I. — Analyse du projet. Il admet le divorce, mais beaucoup moins largement que la loi de 1792, p. 118. — II. — Analyse des observations du Tribunal de Montpellier : hostilité très nette vis-à-vis du divorce ; le divorce est contraire aux mœurs catholiques françaises ; il faut pour cela le rejeter de la législation, bien que le droit naturel l'admette. A côté du divorce, si on le maintient, il faut admettre la séparation de corps, p. 121. — III. — Critique de ces observations. C'est le droit naturel qui condamne le divorce et l'état des mœurs qui le réclame, p. 127. — IV. — Discussion du projet. On admet le divorce, mais en limitant ses causes — et à côté de lui on place la séparation de corps, p. 134.

CHAPITRE V

Acquisition et Restitution des fruits

- I. — Principes posés par le projet, p. 138. — II. — Le Tribunal de Montpellier critique le principe romain de l'acquisition des fruits par le propriétaire et ses applications dans le projet, p. 139. — III. — Critique historique des observations du Tribunal, p. 145. — IV. — Discussion : le principe subsiste ; quelques applications sont supprimées, p. 148.

CHAPITRE VI

Prescription

- I. — Analyse du projet — différentes prescriptions admises, p. 151. — II. — Analyse des observations du Tribunal de Montpellier : Appel à la simplicité. Il faut une seule prescription : la prescription trentenaire, p. 153. — III. — Influence du Droit écrit — Système trop simple, p. 155. — IV. — Discussion : le projet est voté, p. 156.

CHAPITRE VII

Hypothèques et Ventes forcées

- I. — Analyse du projet. Nombreuses formalités. Hypothèque occulte et générale — lettres de ratification, p. 159. — II. — Les différents systèmes en présence. Les pays de Droit écrit étaient-ils favorables aux lettres de ratification ? à l'hypothèque tacite ? p. 172. — III. — Analyse des observations du Tribunal d'Appel de Montpellier : le Tribunal de Montpellier ne discute pas la question ; il demande la publicité des hypothèques uniquement parce que le système du projet est trop compliqué, p. 178. — IV. — Observations sur le rapport du Tribunal de Montpellier, p. 181. — V. — Discussion. Embarras du Conseil d'Etat. Deux rapporteurs sont nommés pour soutenir les systèmes opposés. Transaction opérée : l'hypothèque doit être inscrite, sauf l'hypothèque légale, p. 182.

CHAPITRE VIII

Régimes matrimoniaux et Droits des époux

- I. — Analyse du projet : Régime de communauté légale. Défaveur marquée contre le régime dotal, p. 192. — II. — Législation des pays de Droit écrit,

opposée à celle du projet : régime de séparation des biens, s'il n'y a pas de contrat de mariage ; régime dotal souvent usité, p. 201. — III. — Analyse des observations du Tribunal de Montpellier : le régime légal doit être le régime de séparation, p. 216 ; § 1^{er}, critique du régime de communauté : A) comme régime légal, p. 217. B) en lui-même, p. 220 ; § 2, projet de loi sur les dots à placer à côté du régime de communauté dans le Code, p. 223. — IV. — Critique : la transaction n'était pas faite. Il fallait placer le régime dotal sur le même plan que le régime de communauté — inutilité d'un régime légal, p. 235 ; critique des observations du Tribunal de Montpellier, p. 239. — V. — Discussion au Conseil d'Etat. Longue discussion. Le régime de communauté est maintenu comme régime légal. Le régime dotal est prévu dans le Code, p. 242.

CHAPITRE IX

Successions légitimes

I. — Analyse du projet. Dévolution selon l'affection présumée du défunt, p. 260. — II. — Observations du Tribunal de Montpellier : règle *paterna paternis* ; retour légal à l'ascendant donateur, p. 266. — III. — Critique historique de ces observations, p. 270. — IV. — Discussion : le retour légal est stipulé, p. 273.

CHAPITRE X

Dispositions testamentaires ou par donations entre vifs ou à cause de mort

I. — Analyse du projet, p. 279. — II. — Observations du Tribunal de Montpellier : le projet supprime la liberté de tester ; cette liberté découle du droit de propriété ; son importance, p. 282. — III. — Critique historique des observations du Tribunal de Montpellier, p. 288, philosophique, p. 291. — IV. — Discussion. Modification de la quotité disponible. Confusion de la légitime et de la réserve, p. 294.

CHAPITRE XI

Le Code rural

I. — Le projet, p. 306. — II. — Le Tribunal de Montpellier demande un Code rural, p. 308 ; critiques contre le projet : régime des eaux, p. 309 ; baux des biens de campagne, p. 314 ; vaine pâture, clôtures, p. 315 ; gardes cham-

pêtres, p. 317; police rurale, p. 318; dispositions à ajouter, p. 320. —
III.— Influence des coutumes locales; difficulté de rédiger un Code rural,
p. 321. — IV. — Discussion, p. 323.

TROISIÈME PARTIE

L'ESPRIT DES OBSERVATIONS DU TRIBUNAL DE MONTPELLIER

Plan..... 327

CHAPITRE PREMIER

Hostilité contre l'unification

I. — Le Tribunal de Montpellier est, en principe, partisan de l'unité, p. 329; mais il ne croit pas possible d'unifier le droit en France parce que les climats et les mœurs y sont trop différents du Nord au Midi, p. 330. — Solutions proposées par le Tribunal; unification restreinte à certaines matières, p. 335. — II.— Appréciation critique des observations du Tribunal de Montpellier, p. 338.

CHAPITRE II

Hostilité contre le projet

Hostilité contre le projet, p. 341. — A) La simplicité manque, p. 342. — B) La transaction n'est pas faite, p. 345. — C) Le projet est incomplet, p. 351. — D) Le projet donne trop de pouvoir à la jurisprudence, p. 352.

CHAPITRE III

La Doctrine du Tribunal d'Appel de Montpellier

Influence du droit romain, p. 357; de Montesquieu, p. 358. — La doctrine du Tribunal de Montpellier est individualiste dans son ensemble; quelques contradictions dans le détail, qui sont inévitables, p. 361.

CONCLUSION

Importance des observations du Tribunal d'Appel de Montpellier, p. 365.
Importance des observations des Tribunaux sur le projet de Code civil,
p. 367.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Sources

A) Sources manuscrites.....	369
B) Sources imprimées.....	371

II. — Travaux

A) Travaux sur la préparation du Code civil.....	374
B) Travaux généraux d'histoire et de doctrine.....	376
C) Travaux spéciaux sur les matières traitées dans le rapport du Tribunal de Montpellier.....	382



Montpellier. — *L'Abeille*, Imprimerie Coopérative ouvrière
14, avenue de Toulouse. — Téléph. 8-78.
